



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ANA JÚLIA DE OLIVEIRA RABELLO

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: Análise da aplicabilidade da
recuperação judicial às sociedades sem fins lucrativos**

BRASÍLIA

2021

ANA JÚLIA DE OLIVEIRA RABELLO

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: Análise da aplicabilidade da
recuperação judicial às sociedades sem fins lucrativos**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Msc. Carlos Orlando Pinto.

BRASÍLIA

2021

ANA JÚLIA DE OLIVEIRA RABELLO

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: Análise da aplicabilidade da
recuperação judicial às sociedades sem fins lucrativos**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor Msc. Carlos Orlando
Pinto.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2021

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a) Carlos Orlando Pinto

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Ana Cláudia, meus avós, Sônia e Carlos, e a Neide por sempre acreditarem no meu potencial, dando apoio nos momentos mais difíceis ao longo de toda minha trajetória, com muito amor e carinho, pois, com toda certeza, não teria chegado tão longe sem vocês. Ao meu orientador, o Professor Carlos Orlando Pinto pelas valiosas contribuições dadas durante todo o processo e pela confiança depositada na minha proposta de projeto. E também aos meus amigos, que sempre me encorajaram a superar os obstáculos e que tiveram paciência comigo em momentos de tensão e empenho durante essa jornada acadêmica.

RESUMO

O Direito Empresarial é um ramo do Direito responsável por regulamentar os conflitos de interesse dos empresários e das atividades empresariais, tendo como um dos principais instrumentos a Recuperação Judicial, que visa a manutenção da atividade empresarial. Por ser um tema de extrema relevância, uma vez que engloba os interesses do Estado, dos empresários, de seus credores, funcionários e da própria coletividade, o procedimento possui o cuidado de buscar o seu objetivo de superação da crise econômica e a continuidade da atividade no mercado, assim aplicando o princípio da preservação da empresa, na forma regulamentada na Lei 11.101/2005. A princípio a Lei 11.101/2005 aparenta ser restritiva no âmbito dos legitimados a utilizá-la, porquanto restringe essa condição jurídica aos empresários e às sociedades empresárias. No entanto, essa previsão não é taxativa, resultando na possibilidade de interpretação finalística de seus dispositivos, e, assim, permitindo que uma Organização Sem Fins Lucrativo, cuja legitimidade não está expressamente prevista, seja beneficiada pela Recuperação Judicial. À vista disso, será analisada a situação fática das Organizações Sem Fins Lucrativos, porquanto é uma modalidade societária que, em algumas circunstâncias, exerce atividade empresarial, possuindo grande relevância para o desenvolvimento econômico e social do país, à semelhança do que se verifica com as sociedades formalmente tipificadas com a natureza de sociedades empresárias. A pesquisa ora apresentada pretende realizar uma análise jurídica e dogmática da Lei nº 11.101/2005, indicando a importância do Princípio da Preservação da Empresa, que é a base principiológica da Recuperação Judicial, a partir da análise doutrinária dos conceitos de sociedade empresária, empresário e organização sem fins lucrativos, ressaltando os aspectos comuns e os aspectos distintos entre essas espécies societárias. Realiza-se, por fim, uma análise de precedentes jurisprudenciais que, em casos concretos, entenderam possível sociedades sem fins lucrativos utilizarem o sistema normativa da recuperação judicial.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Lei nº 11.101/2005. Recuperação Judicial. Aplicação às Organizações Sem Fins Lucrativos. Interpretação Finalística.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Recuperação Judicial - Arts. 161 a 167	33
--	-----------

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

UniCEUB	Centro Universitário de Brasília
CC	Código Civil Brasileiro
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
OSFL	Organização Sem Fins Lucrativos
ART.	Artigo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ONG	Organização Não Governamental
OSCIPs	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PRINCÍPIOS BASILARES DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	10
1.1 Princípio da Preservação da Empresa	11
1.1.1 Ordem Econômica - Previsão Constitucional	13
1.1.2 Livre Iniciativa e Livre Concorrência	15
1.1.3 Busca do Pleno Emprego	17
1.1.4 Função Social da Propriedade	19
1.2. Legislação vinculada à Preservação da Empresa	21
1.3 Objetivo da Recuperação Judicial	27
2 ANÁLISE FINALÍSTICA DOS SUJEITOS DA LEI Nº 11.101/2005: APLICAÇÃO ÀS ORGANIZAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS	34
2.1 O artigo 1ª da Lei nº 11.101/2005: Empresário e Sociedade Empresária	34
2.2 Artigo 2º: Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista	40
2.2.1 Empresa Pública: Aspectos Principais	43
2.2.2 Sociedade de Economia Mista: Aspectos Principais	43
2.3 Organização Sem Fins Lucrativos e o Terceiro Setor	45
2.3.1 Terceiro Setor: Origem das OSFL	45
2.3.2 Organizações Sem Fins Lucrativos	47
2.3.3 Diferenciação com a Administração Pública	49
2.4 Efeito Jurídico do Registro do Ato Constitutivo da Sociedade	52
2.5 Sociedades Empresárias e Organizações Sem Fins Lucrativos: Aspectos comuns e distinções	56
2.5.1 Atividade Profissional	57
2.5.2 Economicidade (gestão)	62
2.5.3 Finalidade	64
2.5.4 Organização	67
2.5.5 Direcionamento ao mercado	71
2.5.6 Quadro Comparativo - Sociedade Empresária x Organização Sem Fins Lucrativos	72

3 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: JURISPRUDÊNCIA	76
3.1 Caso da Universidade Cândido Mendes	76
3.2 Caso da Casa de Portugal	83
3.3 Hospital Evangélico da Bahia	87
3.4. Considerações Finais Sobre as Jurisprudências Apresentadas	90
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho é uma análise sócio-jurídica e dogmática da Lei nº 11.101/2005/2005, a Lei de Falência e Recuperação Judicial Brasileira. Para a parte dogmática, o foco será os artigos 1º e 2º da presente Lei, pois são os artigos que estabelecem a legitimação para utilizar os mecanismos de Recuperação Judicial e Falência, examinando, de tal modo, a possibilidade do enquadramento das Organizações sem Fins Lucrativos como realizadora de atos de natureza empresarial, e, portanto, como detentora de legitimidade objetiva para utilizar a Recuperação Judicial.

Para a parte sócio-jurídica dar-se-á relevância ao exame do Princípio da Preservação da Empresa, a sua correlação com os impactos que esse tipo de sociedades empresárias têm na sociedade brasileira e como a sua saída pode afetar o âmbito social em que ela se encontra e como isso justificando o procedimento da Recuperação Judicial.

O trabalho possui uma relevância mais social e acadêmica, porque aborda um assunto jurídico que, no geral, a sociedade não conhece, mas que afeta diretamente a existência e a quantidade de postos de trabalho, a saúde social e econômica, na verdade, a tão conhecida Ordem Econômica, que é prevista em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170.

Com efeito, este artigo regula os princípios da Ordem Econômica, que mantém a harmonia entre o desenvolvimento econômico e social, sendo esses princípios basilares para a construção do Princípio da Preservação da Empresa, como por exemplo a Função Social, que “corresponde a garantir postos de trabalho, arrecadar tributos e gerar riquezas, remunerando o capital investido”¹.

Destarte, iremos apresentar que a Recuperação Judicial, de modo geral, não é “irrelevante” para as nossas vidas, mas sim extremamente importante, pois a empresa é vista como elemento crucial para a manutenção do Estado e da paz social, e a sua retirada do mercado pode acarretar ao desequilíbrio na livre iniciativa e desvalorização do trabalho humano, sendo eles os elementos da função social da empresa, e, conseqüentemente,

¹ NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da Empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 133.

“objetivo do processo recuperatório”²,

No ponto de vista acadêmico, será analisada a própria Lei, doutrinas e jurisprudência diretamente ligadas ao tema, explicando o contexto de cada uma e assim construindo o argumento de solução do presente trabalho: A possibilidade de uma Organização Sem Fins Lucrativos pedir Recuperação Judicial.

Com essa contextualização social do tema, a sua importância se traz mais presente após o ano de 2020 por conta da Pandemia do COVID-19, no qual muitos negócios tiveram que ficar de portas fechadas por meses, o que gera uma instabilidade no mercado, pois um grande número de sujeitos está passando por uma crise econômica-financeira, tanto por falta de demanda como por não conseguir se enquadrar na nova realidade e necessidade da sociedade.

E é nesses momentos de crise econômica que o Princípio da Preservação da Empresa é extremamente fundamental, já que é toda argumentação e fundamentação da Lei nº 11.101/2005, portanto esse pensamento é a contextualização do nosso trabalho.

Não obstante, as Organizações Sem Fins Lucrativos, que são conhecidas como pessoas de direito privado que atuam no Terceiro Setor e também foram atingidas durante esse período.

Esse setor teve um grande crescimento no Brasil no século XX, pois preencheu a lacuna deixada pelos os outros dois setores, o Estado e Mercado, com seu objetivo de defender os direitos dos indivíduos que se encontra em condições de vulnerabilidade, promovendo a diminuição do desemprego, aumentando o acesso à educação, cultura e políticas públicas, com a participação social.

Podemos dizer que elas atuam na sociedade por meio de uma atividade empresarial, pois possuem os elementos de empresa: atividade profissionalmente organizada e dirigida para satisfazer as necessidades do mercado, e mesmo tendo pequenas distinções, não são o suficiente para negar o seu enquadramento como uma atividade empresarial e conseqüentemente, permitir a Recuperação Judicial, além de ser evidente a importância social

² NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da Empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 133.

dessas organizações e a necessidade de sua preservação.

Sendo assim, o trabalho usa o método dialético, pois iremos analisar a o ponto de vista da Lei nº 11.101/2005 e a sua contextualização econômica, jurídica e histórica, para assim explicá-la, apresentando uma nova perspectiva dos artigos 1º e 2º, que são tão objetivos, mas ao mesmo tempo trazem em dúvida sobre o enquadramento específico das Organizações sem Fins Lucrativos, que no mundo fático apresentam as mesmas características de uma empresa.

Iremos apresentar de forma sistemática a visão principiológica da recuperação judicial, por intermédio do princípio da preservação da empresa, a evolução dos conceitos doutrinários de empresa e empresário, juntamente com o conceito de organização sem fins lucrativos, diferenciação dessas organizações daquelas que atuam na administração pública, o efeito jurídico do registro dessas empresas e organizações e terminando com um quadro comparativo de empresa e Organização Sem Fins Lucrativos.

1 PRINCÍPIOS BASILARES DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Recuperação Judicial é um instrumento jurídico previsto e regulamentado na Lei nº 11.101/2005, que utiliza o Princípio da Preservação da Empresa como mecanismo de amparo à subsistência da atividade econômica, como se observa a seguir no artigo 47 da própria Lei:

[...] superação da crise-financeira, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e estimulando a atividade econômica.³

Segundo o Manoel Justino Bezerra Filho⁴,

A recuperação judicial é destinada às empresas com potencial de superação da crise econômico-financeira, sendo esta tentativa de superação da crise, objetivada em função do valor social da empresa, que representa não apenas um elemento gerador de riquezas ao mercado, mas também um elemento de pacificação social e ofertante de empregos.

O Eduardo Goulart Pimenta defende também que a recuperação judicial é “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômicas-financeiras temporárias”⁵.

Ou seja, a recuperação judicial é utilizada como um mecanismo para garantir o pagamento dos credores e juntamente com isso deve ocorrer o processo de seu ressurgimento no mercado, mediante uma reorganização da empresa atendendo o plano de recuperação, que foi acordado entre o devedor e os credores por intermédio do Poder Judiciário.

No entanto, essa atuação do poder judiciário somente ocorre para garantir a legalidade do acordo, uma vez que a própria Lei de Recuperação e Falência dá para os credores a soberania da decisão de aceitar ou não o acordo, podendo analisar livremente a possibilidade ou não de recuperação da empresa.

³ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regulamentação da recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006. p. 68.

Como demonstrado no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial possui três grandes finalidades de manutenção: a da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores. Esses objetivos somente são possíveis por conta do objetivo final de todo esse processo, a preservação da empresa.

1.1 Princípio da Preservação da Empresa

A preservação da empresa foi priorizada pelo legislador no decorrer da Lei nº 11.101/05 por causa desse ramo de proteção derivado pela evolução histórica como do problema da escassez.

O primeiro ponto a ser destacado é a evolução do direito empresarial, em que há muito tempo a empresa era somente vista como uma fonte de lucro, não poderia ter intervenção estatal, o que levou a grandes violações dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana. Porém, com a adoção da Teoria de Livre Iniciativa, o Estado passou a regulamentar os atos da empresa, o que a tornou como um elemento essencial de grande interesse da própria sociedade no quesito de manutenção do emprego, garantia da livre iniciativa e livre concorrência. Já para o Estado, o interesse seria no âmbito tributário, pois com a saída da empresa a arrecadação dos impostos diminui e, além disso, ocorre o aumento da criminalidade em determinada comunidade em decorrência da diminuição de empregos, o que aumenta a demanda de ações sociais por parte do próprio Estado.

Já na problemática da escassez da matéria prima, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau definem que:

Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso. Mas, na abundância que reinava antes, era perfeitamente supérfluo regular o uso.⁶

Ou seja, a sociedade possui recursos insuficientes para atender aos desejos da totalidade das necessidades apresentadas. Sendo assim, se uma empresa sair do mercado não afetará somente o seu empresário e colaboradores, mas todo o grupo social por ela atendido,

⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. p. 29.

evitando a monopolização do comércio pela “concorrência”, impossibilitando o “bom funcionamento da ordem econômica, que traz como objetivo a valorização do trabalho humano e desenvolvimento econômico do país”⁷. Em razão disso, “quando a escassez se manifesta, não há como evitar a formulação de regras para determinar quais usos concorrentes devem ser aceitos”⁸.

Diante disso, Enedino das Chagas registra que todos nós somos consumidores então há uma necessidade de produção, distribuição e circulação de produtos, porém, vejamos:

[...] a atividade empresarial não se restringe aos interesses imediatos e particularizados de consumidores e fornecedores, mas, em torno de tal atividade, como fato jurídico relevante, atividade dinâmica, perene e necessária, pais e mães de família se sustentam, tributos são auferidos, a livre-concorrência se estabelece, os negócios entre empresários incrementam-se, os produtos tornam-se cada vez mais eficientes e duráveis, a oferta aproxima-se da demanda, reduzindo a escassez, e negócios jurídicos se concluem no mundo real e virtual, propiciando, por meio de uma rede de interesses sobrepostos, trabalho, emprego, renda e cidadania.⁹

Por isso que a sua saída do mercado geraria um efeito dominó, trazendo grandes consequências a todos, e assim, há uma urgente necessidade de protegê-la, pois não estaríamos protegendo os direitos individuais do empresário ou dos seus sócios, mas sim o interesse coletivo.

Com isso, podemos fazer um link entre o direito e a economia, pois esta é uma ciência social, que analisa os fenômenos relativos à escassez dos bens, especificamente quanto às atividades e relações humanas envolvidas¹⁰. Já o “direito é uma ciência que estuda a conduta humana na sua dimensão social e a norma jurídica é a sua forma de realizar a sua conduta”¹¹.

⁷ RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Pateffi da. Recuperação Judicial: Axiologia, Objetivo e Interesses Externos à Empresa. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n.1, p. 271-302, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/4878/2782>. Acesso em: 08 ago. 2021.

⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. p. 29.

⁹ CHAGAS, Edilson Enedino, **Direito empresarial Esquemático**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 36.

¹⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1964, p.63

As duas ciências possuem uma correlação, pois para Ivo Gico Jr, “enquanto o direito regula o comportamento humano, a economia estuda a tomada de decisões pelo homem e sua ação diante da escassez e suas consequências”¹². Tendo isso em mente, podemos trazer para dentro do trabalho uma análise mais econômica do processo de recuperação judicial, no sentido de fundamentar com mais força o princípio da preservação da empresa, pois esse processo vai muito além da liquidação dos “ativos e passivos de uma empresa em crise ou apenas como um momento de renegociação de dívidas entre devedor e credores.”¹³ dado que:

[...] As questões envolvidas são bem mais profundas, o processo de recuperação judicial de empresas tem influência econômica quanto ao direito de propriedade, à política de concessão de crédito no mercado, à segurança jurídica, à alocação de ativos, o controle societário etc.¹⁴

O princípio da preservação da empresa se tornou um princípio de grande importância, sendo previsto em nossa Constituição Federal de 1988, dentro dos pontos da ordem econômica e da função social, como também sendo utilizado como princípio norteador de outros instrumentos normativos brasileiros que serão analisados a seguir.

1.1.1 Ordem Econômica - Previsão Constitucional

Vivemos em um mundo capitalista, no qual funciona uma economia de livre comércio, de acordo com a oferta e demanda e “esse sistema capitalista que pressupõe a produção e circulação de bens, no qual a empresa é o principal sujeito ativo para o desenvolvimento e ampliação do mercado e na geração de riquezas”¹⁵. Por muito tempo, prevaleceu o sistema econômico liberal, em que o Estado teria uma atuação mínima na economia, atuando somente como garantidor da liberdade individual e o próprio mercado teria

¹² GICO JÚNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. 3. ed. São Paulo: Editora Foco, 2019.

¹³ FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 37.

¹⁴ FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 37.

¹⁵ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; SAMPAIO, Marcelo de Souza; FERREIRA, Leonardo Sanches. Princípios da função social e da preservação da empresa: princípios decorrentes da ordem econômica constitucional. **Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 18, n. 31, p. 57, 2018.

a função de regulamentar o setor da economia, pensamento este defendido por Adam Smith. Porém, esse sistema econômico trouxe grandes problemas, como a desigualdade econômica e social entre os cidadãos, pois há uma grande concentração de riqueza nas mãos da burguesia, levando a grandes violações dos direitos humanos.

O momento histórico que demonstra essa desigualdade é o período da Revolução Industrial, onde as jornadas de trabalho eram extremamente extensas, inúmeros acidentes de trabalho, salários insuficientes para o próprio sustento, contratação de crianças, sem contar com os inúmeros problemas de saúde que o trabalho nas fábricas trazia por causa das excessivas horas de trabalho e ausência de instrumentos de proteção. Essa grande desigualdade social levou a adoção do Sistema Intervencionista Estatal, no qual compete ao Estado a regulamentação da atividade econômica, não somente regulamentando os seus limites, mas também impedindo a violação dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira em seu artigo 170, traz exatamente esse pensamento de proteção dos direitos fundamentais, valorizando o trabalho e a justiça social, mas também possibilitando meios para que a empresa possa continuar exercendo a sua atividade, pois a mesma passou a ser vista como elemento essencial da livre iniciativa.

Uns dos princípios trazidos no próprio artigo, por ser responsável pela criação e circulação de bens e produtos, pela geração de empregos e pelo recolhimento de tributos, sendo assim, seguindo o pensamento do princípio da preservação da empresa, já que não estaríamos protegendo os direitos individuais do empresário ou do seus sócios, mas sim o interesse coletivo.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Como exposto no artigo acima, “ocupava-se da organização da vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e fazendo dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho as vigas principais da ordem econômica”¹⁶, sendo os princípios que realçam a “valorização do trabalho humano, livre-iniciativa, garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁷, porém para o desenvolvimento do trabalho iremos destacar somente alguns, sendo eles específicos para a fundamentação do Princípio da Preservação da Empresa.

1.1.2 Livre Iniciativa e Livre Concorrência

O Princípio da Livre Iniciativa possibilita a entrada e exercício de agentes econômicos no mercado sem necessidade de autorização estatal, como traz o art.170, parágrafo único da Constituição. Esse princípio permite que a empresa tenha liberdade de gestão, como por exemplo fixação de preços de sua mercadoria e liberdade de contratação. Ou seja, os agentes econômicos possuem a liberdade de escolha de suas estratégias comerciais, dentro dos limites legais.

Já o Princípio da Livre Concorrência “garante a competição dos agentes econômicos de forma justa dentro do mercado”¹⁸. Esse princípio possui uma correlação com o princípio da livre iniciativa, pois com a empresa trazendo liberdade de escolha de suas estratégias comerciais, acaba influenciando no mercado competitivo, onde cada empresa busca o melhor para o seu desenvolvimento e capacidade para se manter no mercado.

Guilherme Morais defende:

Princípio da liberdade de iniciativa é a liberdade, no processo de produção, distribuição, circulação e consumo de riquezas, compreende a liberdade de empresa (livre escolha das atividades econômicas, bem assim dos meios adequados, para o atendimento dos fins colimados) e a liberdade de concorrência (livre disputa de clientela, na economia de mercado, desde que afastada a concorrência desleal).¹⁹

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 100.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 937.

¹⁸ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 61.

¹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 132.

Desta forma, a livre iniciativa e livre concorrência são os princípios basilares da ordem econômica, pois são eles que movimentam esse grande sistema econômico atual, possibilitando o desenvolvimento social, em vista disso “os mercados com efetiva concorrência entre os agentes econômicos interessam às sociedades, uma vez que geram competição e, por conseguinte, mantêm os preços próximos ao custo de produção, possibilitando a um maior número de pessoas o acesso ao que é produzido.”²⁰

O Estado, atuando no caráter normativo, incentiva essa liberdade de concorrência e estimula o desenvolvimento social ao permitir que os preços dos produtos sejam mais atrativos, próximo ao custo de produção, uma vez que um maior número de pessoas tenha acesso àqueles produtos. Rachel Sztajn reconhece que “a liberdade de mercado atende aos interesses de todos ao facilitar a oferta de bens e a concorrência entre agentes e, portanto, o incremento do bem-estar social”²¹.

Também deve ter atuação do Estado no caráter fiscalizador, para evitar condutas abusivas, como por exemplo Cartel, por ser completamente danoso a concorrência, prejudicando toda a cadeia do mercado, desde do produtor ao consumidor, por causar manipulação dos preços para dominação do mercado, sendo até considerado como crime contra à ordem econômica, no art.4, da lei 8.137/90, inclusive com previsão expressa na Constituição, em seu art.173, § 4º, a função do Estado de reprimir esses abusos.

Tomazette explica que:

A livre concorrência, como um princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, IV, da CF), protegida pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, que é uma autarquia federal que atua também como órgão judicante. Neste mister, o CADE tem como papéis primordiais punir as infrações à ordem econômica e controlar os atos de concentração empresarial que de qualquer forma possam influir na livre concorrência. Dentro desse trabalho, interessa-nos apenas o controle dos atos de concentração empresarial”²².

²⁰ ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do Princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual**. Publica Direito, 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

²¹ SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2010. p. 16.

²² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empossarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 666.

Desta forma, podemos concluir que esses dois primeiros princípios possuem a função de manter o mercado equilibrado, seguindo a lei da oferta e da procura, estimulando a concorrência, pois não há limitação de número de agentes atuando no mesmo setor e os mesmos sempre buscam novas formas de ganhar espaço, aperfeiçoando seus produtos e forma de atendimento para captação de clientela, favorecendo indiretamente o consumidor.

1.1.3 Busca do Pleno Emprego

O inciso VIII do art. 170, CF/88 traz como princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego, que de forma geral é entendido como uma “condição do mercado de trabalho na qual todo cidadão disposto a trabalhar encontra ocupação remunerada segundo suas aspirações, qualificações e habilidades”²³. Ou seja, é o direito ao trabalho remunerado.

No entanto, Manoel Ferreira Filho defende que esse princípio é mais amplo por ser um mecanismo de “criação de oportunidades de trabalho, para que do próprio esforço, todos possam viver com dignidade”²⁴

Então a busca do pleno emprego, além de possuir o objetivo de garantir a oferta do trabalho, quer preservá-lo para manter os índices de empregos e salários dos empregados. Sendo assim, podemos fazer uma conexão com o direito fundamental de ter acesso ao mínimo necessário de uma vida digna, que advém da 2ª geração dos direitos fundamentais, que surgiram no final do século XX, época no qual demandavam a intervenção estatal para a promoção dos direitos sociais, podendo ser citado o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à educação, entre outros.

Antonio Baylos sustenta que:

O poder público tem o compromisso de promover as condições para que a liberdade e a igualdade na obtenção de um trabalho digno e remunerado

²³ ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito**: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002. p. 122-123.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Curso de Direito Constitucional** .41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 314.

sejam real e efetivamente reconhecidas aos indivíduos, devendo para isso remover os obstáculos que impedirem ou dificultarem sua plenitude.²⁵

Da mesma maneira, Roseli Rêgo Santos apresenta que:

Numa sociedade fundada em valores sociais, o direito ao trabalho remunerado e digno relaciona-se intrinsecamente com o direito à vida. Isso porque, para grande parte da população, da remuneração obtida pelo trabalho prestado é que se obtém os recursos suficientes para a aquisição dos bens indispensáveis à sobrevivência digna. Sendo assim, o direito ao trabalho é um direito de todos os cidadãos²⁶.

Ou seja, está dentro das nossas garantias fundamentais um trabalho digno e remunerado, que auxilia no nosso direito à vida, outra garantia fundamental, e esses direitos somente são possíveis de serem exercidos com um mercado equilibrado, logo, permite o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Ademais, “contribui para a melhoria das condições de trabalho, a recuperação da infraestrutura econômica, a melhora das finanças públicas, o incremento na competitividade externa e o aumento de qualidade nos serviços públicos essenciais”²⁷. Em outras palavras, o pleno emprego serve para garantir o equilíbrio do mercado, redução do desemprego e da desigualdade social, pois com um grande número de desempregados, reduz-se o consumo por falta de renda e, conseqüentemente, muitas empresas entram em crise por diminuição da procura, que leva a aumento dos preços dos produtos e redução dos postos de trabalho, que seguindo o efeito dominó até o fechamento de empresa, reduzindo a concorrência, acarretando numa monopolização do mercado.

²⁵ BAYLOS, Antônio. **Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional**. In: Revista Trabalhista Direito e Processo, Brasília, v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 24.

²⁶ SANTOS, Roseli Rêgo. **O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falência e recuperação de empresa**. In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. XVII. p. 5249-5268. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021. p. 6.

²⁷ ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002. p. 122-123.

1.1.4 Função Social da Propriedade

A função social da propriedade está prevista no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, isto é, “a propriedade privada consiste em meio de promoção do bem-estar social, legitimada pela sua finalidade, em decorrência da qual são impostas ao proprietário prestações positivas, cuja inobservância enseja a intervenção do Estado na propriedade”²⁸. Isto é, a propriedade deve exercer sua função econômica.

Manoel Ferreira Filho argumenta que “reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral”²⁹.

No âmbito empresarial esse princípio é adotado dentro do conceito da Função Social da Empresa. Então, devemos aplicá-lo na forma como o empresário está manuseando seus meios de produção, pois a atividade empresarial passou a ser vista como elemento essencial da livre iniciativa, por ser responsável pela criação e circulação de bens e produtos, pela geração de empregos e pelo recolhimento de tributos.

Portanto, podemos dizer que “a função social da empresa, é de gerar empregos, tributos e riquezas, contribuindo para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua e auxiliando o Estado a atingir os seus objetivos”³⁰. Desta maneira, é “exigindo um comportamento do titular da empresa compatível com a função social da propriedade empresarial da qual é responsável”³¹.

Arquimedes da Silva, aponta que:

[...] o princípio da função social da propriedade (empresa) cria uma norma de conduta positiva e coletiva a ser praticada constantemente pelo proprietário ou controlador da empresa. Com efeito, pode-se afirmar que a

²⁸ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 130.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Curso de Direito Constitucional** .41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 312.

³⁰ SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; SAMPAIO, Marcelo de Souza; FERREIRA, Leonardo Sanches. Princípios da função social e da preservação da empresa: princípios decorrentes da ordem econômica constitucional. **Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 18, n. 31, p. 57, 2018.

³¹ LOPES, Bráulio Lisboa. **Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, *apud* FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 21.

função social da propriedade, ou seja, da empresa, configura-se como fiança do cumprimento da ordem econômica, no que diz respeito à utilização de seus meios de produção.³²

Aliás, o princípio da função social é importante para o princípio da preservação da empresa porque o primeiro justifica a aplicação do segundo, uma vez que a função social “constitui princípio que identifica na empresa o retorno positivo que ela representa para a coletividade”³³. Isto é, “visa reconhecer o benefício que a empresa produz para seus titulares, mas também para trabalhadores, para fornecedores, para o próprio Estado e para a sociedade como um todo”³⁴.

Gladston Mamede sustenta nesse sentido que:

*O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros comerciais e o Estado.*³⁵

Sendo assim, compete ao Estado a regulamentação da atividade econômica, possibilitando meios para que a empresa possa continuar exercendo sua atividade, como já demonstrado que é essencial para “geração de riqueza, garantia de trabalho, recolhimento de tributos ao Estado, e principalmente, a promoção do desenvolvimento econômico”³⁶, como também regulamentando os seus limites para não interferir nos direitos fundamentais, podendo ser citada a emenda constitucional nº10, sobre a desapropriação por interesse social de propriedades rurais, como trazido por Manoel Gonçalves:

³² SZEZEBICKI, Arquimedes da Silva. **Os princípios gerais da ordem econômica brasileira: avanços e fetividade desde a Constituição Federal de 1988**. EPTIC, 2014. Disponível em: <http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

³³ FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 21.

³⁴ FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 21.

³⁵ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 439.

³⁶ SZEZEBICKI, Arquimedes da Silva. **Os princípios gerais da ordem econômica brasileira: avanços e fetividade desde a Constituição Federal de 1988**. EPTIC, 2014. Disponível em: <http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

[...] preocupa-se a Constituição com a difusão da propriedade, especialmente territorial rural. Tendo presente a necessidade de fixar o lavrador à terra e de lhe dar maior estímulo para o trabalho, fazendo-o dono do solo que cultivava, a nova lei fundamental conservou em seu corpo as regras sobre desapropriação por interesse social de propriedades rurais, que a Emenda nº 10 à Constituição de 1946 havia adotado para facilitar a “reforma agrária”. Assim, o art. 184 permite que a indenização, nas expropriações para redistribuição de terra no campo, se fizesse em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos.³⁷

Desta forma é seguro de se dizer que a função social é de suma importância para a aplicação do princípio da preservação da empresa e deve ser levado em consideração na hora de interpretar os artigos 1º e 2º da Lei de Recuperação Judicial e Falência, pois estaríamos analisando os impactos que a atividade empresarial possui na sociedade e como que a sua saída afetaria o interesse coletivo.

1.2. Legislação vinculada à Preservação da Empresa

O presente subtópico possui propósito de demonstrar a aplicação do princípio da preservação da empresa em outras legislações que não estão diretamente ligadas com a recuperação judicial. Consequentemente, comprovando a importância desse princípio ao ponto de ser utilizado para diversas interpretações de normas, até mesmo sendo de âmbitos do direito distintos.

Primeiramente, como evidenciado no artigo 974, do Código Civil, há a possibilidade do “incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança”³⁸.

Isto é, “para o início da atividade empresária, é necessário a capacidade plena”³⁹ e de regra, somente pode se registrar como empresário pessoa com mais de 18 anos, ou emancipado, e sem interdição, conforme artigo 972, CC, juntamente com o artigo 5, CC.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Curso de Direito Constitucional** .41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 313.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

³⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 78.

No entanto, “o Código Civil permite, na superveniência de eventos que envolvam a perda da capacidade ou morte de sócios, o prosseguimento do exercício empresarial por representação ou assistência legal”⁴⁰. Essa interpretação também é trazida no Enunciado n. 203 da III Jornada de Direito Civil. Em outras palavras, código prevê a possibilidade da continuação da atividade, quando a pessoa “se tornou incapaz no exercício da atividade empresarial ou ele é sucessor hereditário do empresário individual”⁴¹.

Gladston Mamede explica:

Se o empresário, já inscrito, é interditado, ou se um incapaz recebe a empresa por herança ou doação, o artigo 974 do Código Civil permite-lhe continuar a empresa antes exercida, desde que por representante, se absolutamente incapaz, ou devidamente assistido, se relativamente incapaz. Essa posição reflete o princípio da preservação da empresa, fundado na constatação de sua função social, ou seja, do benefício econômico de mantê-la. Para tanto, exige-se prévia autorização do Judiciário, ouvido o Ministério Público, devendo ser examinadas as circunstâncias e os riscos da empresa, bem como a conveniência em continuá-la⁴².

No mesmo sentido, Tomazette traz que:

[...] o incapaz (menos de 16 anos ou interditado) não pode jamais iniciar uma atividade empresarial, mas pode dar continuidade uma atividade que já vinha sendo exercida. Tal permissão se justifica pelo princípio da preservação da empresa, tentando evitar a extinção desta, preservando empregos e interesses do fisco e da comunidade. O fim da atividade pode ser mais danoso, do que a continuação dela, ainda que com um capaz.⁴³

Essa continuação deriva de uma autorização judicial, no qual “o juiz analisará os riscos da empresa, bem como a conveniência de continuá-la.”⁴⁴ Também pode ser revogada a qualquer momento, competindo ao juiz, após oitiva dos representantes legais do incapaz.

⁴⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 37.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 745.

⁴² MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 21.

⁴³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 79.

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 79.

A próxima situação é sobre a alteração contratual da sociedade empresária, prevista no art.1.033, inciso IV, CC, que prevê a “dissolução da sociedade na falta de pluralidade de sócios não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias”⁴⁵.

Ou seja, essa hipótese ocorre quando um dos seus sócios sai ou falece, ficando apenas um sócio na sociedade. Em tese, ela teria que ser extinta, por intermédio do processo de dissolução, que “é o fato jurídico que permite o início da liquidação a qual, por sua vez, constitui o processo que culminará com o término da existência da pessoa jurídica (extinção)”⁴⁶.

No entanto, essa dissolução, não acontece de forma imediata, pois o legislador permitiu “a unipessoalidade temporária, assegurando um prazo de 180 dias para a reconstituição da pluralidade de sócios”⁴⁷.

Ricardo Negrão expõe:

No intuito de preservar o exercício da empresa, a jurisprudência, há muito, construiu soluções que permitem o prosseguimento das atividades por certo período de tempo, visando à recomposição do número mínimo legal de sócios⁴⁸.

Ademais, cabe referir julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi utilizado na solução da causa o princípio da preservação da empresa, como se verifica:

EMENTA

1. Este Tribunal Superior, ao analisar o princípio da função social da empresa à luz do disposto no art. 47 da Lei de Recuperação e Falência, já assentou que “[a] função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo”, ressaltando que “[a] sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05” (AgRg no CC 110.250/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/09/2010, DJe de 16/09/2010). 2. A aplicação do princípio da preservação da empresa reclama

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 814.

⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empossarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 428.

⁴⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 124.

que "a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais" (REsp 61.278/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 25/11/1997, DJ de 06/04/1998, p. 121). 3. Na espécie, considerando que é incontroverso nos autos que o ingresso do novo sócio no quadro da sociedade unipessoal após o lapso de 180 dias previsto no art. 1.033, IV, do Código Civil de 2002, não reativou as atividades da empresa - gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia -, impõe-se reconhecer a nulidade da alteração contratual. 4. Recurso especial provido. Recorrente: Sérgio Xavier Ferolla. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de março de 2018.⁴⁹

Com efeito, no Recurso Especial nº 1638561 / SP (2015/0252421-7), no qual um sócio faleceu e os demais entraram com ação de dissolução total da sociedade. No entanto, a viúva e seus filhos também entraram com uma ação requerendo a dissolução parcial e assim receber a quota do sócio falecido.

A demanda foi julgada favoravelmente à viúva e a seus filhos:

Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra e em outros benefícios gerais.⁵⁰

Por último, podemos destacar o artigo 5, inciso XXIII, da Constituição Federal, que prevê que “propriedade atenderá a sua função social”⁵¹. Desta forma, a propriedade é um

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial. COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. (...). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. **REsp nº 61.278/SP**. Recorrente: Sérgio Xavier Ferolla. Relator(a): Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 25 de novembro de 1997. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/515270/recurso-especial-resp-61278-sp-1995-0008381-7>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial. COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. (...). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. **REsp nº 61.278/SP**. Recorrente: Sérgio Xavier Ferolla. Relator(a): Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 25 de novembro de 1997. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/515270/recurso-especial-resp-61278-sp-1995-0008381-7>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

direito fundamental, contudo, esse direito não é absoluto, pois sempre deve respeitar o interesse social.

O Supremo Tribunal Federal, firmou seu entendimento nesse sentido, na ADI 2.213-MC/DF, manifestando que:

[...] o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5.º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade⁵²

Ademais, podemos citar o artigo 1.228, §1, do Código Civil, no qual “consagra expressamente a função social, em um sentido de finalidade, como princípio orientador da propriedade; além de representar a principal limitação a esse direito”⁵³, ao dispor que:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁵⁴

Nesse sentido, a legislação brasileira impõe limites na utilização da propriedade, tanto para os cidadãos como para os empresários, para evitar o abuso de direito sobre ela, pois

Usar de um bem é retirar do mesmo tudo aquilo que ele puder proporcionar, seja em favor do próprio proprietário ou de terceiros. Para que o uso não se converta em ato ilícito pelas mãos do abuso do direito, é necessário que ele seja exercido segundo a função social e não se volte para prejudicar

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT). (...). PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. ADI nº 2.213-MC. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG. Requerido: Presidente da República. Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 147.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

ninguém, conduzindo o exercício regular do direito para o próprio bem-estar da sociedade.⁵⁵

Flávio Tartuce explica:

[...] O fato é que a função social da propriedade se tornou uma exigência da vida em sociedade, pois da mesma forma que é importante a defesa dos direitos individuais dos titulares da propriedade, é fundamental que se exija do proprietário a observância das potencialidades econômicas e sociais dos bens que deverão ser revertidos em benefício da sociedade. Esse princípio dirige-se ao legislador, ao administrador, ao magistrado, à sociedade e ao próprio proprietário.⁵⁶

Arruda Alvim complementa dizendo que:

As modificações nesse campo visam a tornar possível a coexistência de um sem-número de proprietários em áreas relativamente pouco extensas, e, mais, acomodar o exercício de seus respectivos direitos à ideia da função que devem exercer.⁵⁷

Por conseguinte, sabemos que a função social da propriedade é um princípio que integra o princípio da preservação da empresa, pois direciona o empresário a utilizar os seus meios de produção de forma consciente, sempre buscando um retorno positivo e o bem estar social.

E tendo a sua previsão no Código Civil, abrange esse objetivo de bem estar social, para as propriedades privadas, para produzir uma harmonia no âmbito privado, impondo limites como o direito de vizinhança e proteção ao meio ambiente.

Em conclusão, o princípio da preservação da empresa é amplamente utilizado na legislação brasileira, seja direta ou indiretamente, pois o seu foco é a continuação da atividade, como forma de proteção do interesse da coletividade, do fisco, fornecedores e empregados.

⁵⁵ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 963.

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 964.

⁵⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 46.

Além disso, o princípio da função social ajuda na análise do caso concreto, para verificação dos efeitos daquela atividade empresarial justificando a aplicação do princípio da preservação da empresa, dado que “se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há mais uma justificativa para a mais esforços no sentido de sua recuperação”⁵⁸.

Nesse sentido, é importante a sua aplicação para os demais dispositivos legais voltados para a manutenção da atividade empresarial, como forma de reerguer a empresa no mercado. Por isso, o presente trabalho utilizará esses princípios em conjunto como uma das fontes primárias de interpretação dos artigos de legitimidade da recuperação judicial.

1.3 Objetivo da Recuperação Judicial

Como foi abordado anteriormente, o objetivo principal da recuperação judicial é a preservação da fonte produtora. Neste sentido, no momento de ingresso com o pedido de recuperação judicial, o devedor deve demonstrar que se encontra numa crise econômico-financeira, mas com possibilidade de superação, sendo essa a diferença entre a Recuperação Judicial e a Falência.

Manoel Justino Bezerra, explica:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém de superação; pois aquelas em tal estado, mas crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada. até para que não se tornem elementos de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado.⁵⁹

No entanto, isso não significa a preservação do devedor, pois a própria Lei nº 11.101/2005 prevê em seu artigo 64 a substituição do devedor ou do administrador da atividade empresarial durante o processo de recuperação judicial. Ressalvando, que essa substituição somente ocorre em casos excepcionais que estão previstos no mesmo artigo citado acima.

⁵⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 78.

⁵⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 3847.

Ou seja, o legislador não quer preservar aquele indivíduo que dirigiu mal a atividade à levando para uma crise econômica.

James Eduardo sugere que

[...] a atividade em si que traz benefícios à toda a sociedade e não propriamente aquele que a gerência, sendo cabível destituir o empresário da administração da empresa quando houver prova de que sua conduta seja inadequada ao seu bom funcionamento.⁶⁰

Gladston Mamede⁶¹ segue a mesma linha de pensamento:

[...]recuperação judicial, portanto, não é a institucionalização da moratória ou, como preferem alguns, do calote; o seu resultado pode, sim, ser contrário aos interesses econômicos do empresário ou sociedade empresária, enfim, do devedor que, assim, não tem no procedimento nenhum tipo de salvo-conduto para suas dívidas.

Sendo assim, “é muito importante que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade”⁶².

No entanto, para ter sucesso e atingir a preservação da fonte produtora, o devedor, que é o empresário ou a sociedade empresária, deverá convencer os seus credores de assinarem o Plano de Recuperação Judicial, que não é nada mais que um acordo, entre o devedor e os credores, negociando as dívidas e obrigações.

Essa fase de negociação, nomeada pela doutrina como teoria dos jogos, é o momento de aplicação de estratégias para solucionar o conflito de interesses dos diversos credores. Como é trazido por Eduardo Goulart: “a explicação do comportamento dos agentes

⁶⁰ OLIVEIRA, James Eduardo de. **Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, *apud* FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 22.

⁶¹ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 440.

⁶² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 75.

econômicos nessas situações de crise da empresa pode ser feita de forma bastante ilustrativa por meio da aplicação da teoria dos jogos”⁶³.

Então podemos dizer que “o jogo é a situação de crise econômico-financeira de uma empresa viável, no qual há diversos grupos de interesses”⁶⁴. “Esses grupos, como empregados, fornecedores, credores e outros, são os jogadores, que terão a possibilidade de apoiar ou não o plano de recuperação apresentado (estratégias).”⁶⁵ Os ganhos esperados para cada estratégia são os proveitos que cada grupo terá com a recuperação, no caso de apoio ao plano ou, com a falência, no caso de rejeição”⁶⁶.

Vale ressaltar que essa negociação ocorre dentro do processo de recuperação, ou seja, somente após o ingresso da ação de recuperação e com o acolhimento da petição inicial pelo juiz.

Sendo assim, na petição inicial o devedor deverá demonstrar os pressupostos positivos e negativos do artigo 48, da Lei nº 11.101/2005. Os positivos se resumem a três elementos: “o exercício da atividade, a regularidade desse exercício e a permanência da atividade há pelo menos dois anos”⁶⁷.

Já os pressupostos negativos são resumidos em quatro elementos, e são as situações em que o devedor não pode operar: “não ser falido ou, se falido, que suas obrigações já tenham sido extintas; não ter obtido recuperação judicial há menos de 5 (cinco) anos; não ter obtido recuperação judicial, com base em plano especial, há menos de 5 (cinco) anos; e não ter sido condenado por crime falimentar, nem ter como sócio controlador ou administrador pessoa condenada por crime falimentar”⁶⁸.

⁶³ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006. p.76, *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 76.

⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 76.

⁶⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006. p. 79.

⁶⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 76.

⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 88.

⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 87.

Se verificado que a petição inicial está dentro dos conformes e com toda a documentação exigida no artigo 51 fora apresentada, principalmente o balanço geral, que o livro de pagamentos da empresa, juntamente com a primeira relação de credores, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, com o efeito de “colocar o devedor em uma situação especial de negociação”⁶⁹.

Essa condição especial “produz efeitos sobre o devedor, mas não representa ainda a concessão da recuperação judicial”⁷⁰. Ou seja, somente está permitindo que o devedor apresente as suas propostas de negociação de suas dívidas aos credores, demonstrando como irá se reerguer no mercado, dentro do prazo estabelecido no próprio plano.

Entre outros efeitos dessa decisão interlocutória, prevista no artigo 52, está a suspensão dos processos por até 180 (cento e oitenta) dias, como uma forma de “dar algum fôlego”⁷¹ para que o devedor possa focar todos os seus esforços na negociação do plano de recuperação.

Também temos a nomeação de um administrador judicial, podendo ser uma pessoa física ou jurídica nomeada pelo juiz, com a responsabilidade de fiscalizar os atos do devedor durante o processo de recuperação. Ou seja, ele atua:

[...]como um mediador entre credores, o empresário ou sociedade empresária e o juiz. Em relação ao empresário ou sociedade empresária em recuperação, não lhe cabe atuar na empresa, mas acompanhar as atividades empresárias, velando pelo cumprimento do que se estabeleceu como plano para o restabelecimento das boas condições financeiras e econômicas”⁷².

Em seguida será publicado um edital com um resumo da petição inicial junto com a decisão de deferimento, que serve para dar publicidade, como uma forma de chamar os todos os credores, tanto aqueles que já estão na lista apresentando pelo devedor, como os demais que não foram listadas, para eles se habilitarem no processo e poderem participar das negociações.

⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 124.

⁷⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 124.

⁷¹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresas: o novo regime de insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

⁷² MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 65.

Após o edital, o devedor tem 60 (sessenta) dias para apresentar o plano de recuperação judicial, que será publicado, em um novo edital, e assim, começa a fase de negociação.

Essa fase de negociação pode ser simples, com os credores aceitando de primeira o plano apresentado. Ou pode ser mais complexo, ocorrendo objeções, o “juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação”⁷³.

No entanto, não importa se a negociação ocorreu de forma simples ou complexa, pois com a aceitação se chega ao mesmo efeito, a novação das obrigações, conforme previsto no artigo 59. Essa novação, que está prevista no artigo 360 do Código Civil, é um ato jurídico que substitui e extingue a obrigação originária pela nova obrigação acordada entre as partes.

Gladston Mamede explica que:

A situação patrimonial do empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial passará a corresponder à estrutura construída no respectivo plano recuperatório: de alterações mínimas a alterações radicais, com validade *ex nunc* (a partir de então), implicando novação dos créditos anteriores ao pedido e obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos (artigo 59). Isso afeta não só o devedor em recuperação, mas os credores, conforme o conteúdo do plano: se houve alteração nos prazos de vencimentos, nos valores dos créditos, nos encargos devidos, na titularidade passiva do crédito (na hipótese de mutação societária: cisão, incorporação ou fusão), nos contratos de trabalho, nas garantias etc., as relações jurídicas válidas passam a ser aquelas que correspondam ao conteúdo do plano de recuperação judicial, extintas as anteriores, novadas que foram”⁷⁴.

Desta forma, com a decisão que concede a recuperação, o devedor coloca em prática “as medidas constantes do plano que foi aprovado, como pagamentos, alienações, mudanças no regime da administração e outras”⁷⁵, sendo fiscalizado pelo administrador judicial, pelos credores e pelo Ministério Público por um período de 2 (dois) anos.

Gladston Mamede assim elucida:

[...] o devedor permanecerá *judicialmente* em recuperação judicial de empresa por apenas dois anos, contado da decisão concessiva do benefício. Não há limite temporal para as relações jurídicas constantes do plano de

⁷³ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 167.

⁷⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 185.

⁷⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 263.

recuperação judicial. O plano pode prever atos que se realizem após dois anos, realizando-se após a sentença de encerramento da recuperação judicial. Pode-se prever, por exemplo, que os créditos serão pagos em parcelas anuais durante 20 anos ou mais.⁷⁶

Tomazette esclarece que:

Num primeiro momento, essa fiscalização é mais próxima, sendo feita tanto pelos credores quanto pelo administrador judicial, pelo comitê de credores e pelo Ministério Público, no próprio processo. Num segundo período, não existe mais o processo, pois já haveria um grau maior de confiança no devedor que cumpriu a primeira parte das suas obrigações e, por isso, o acompanhamento é mais leve, feito apenas pelos credores.⁷⁷

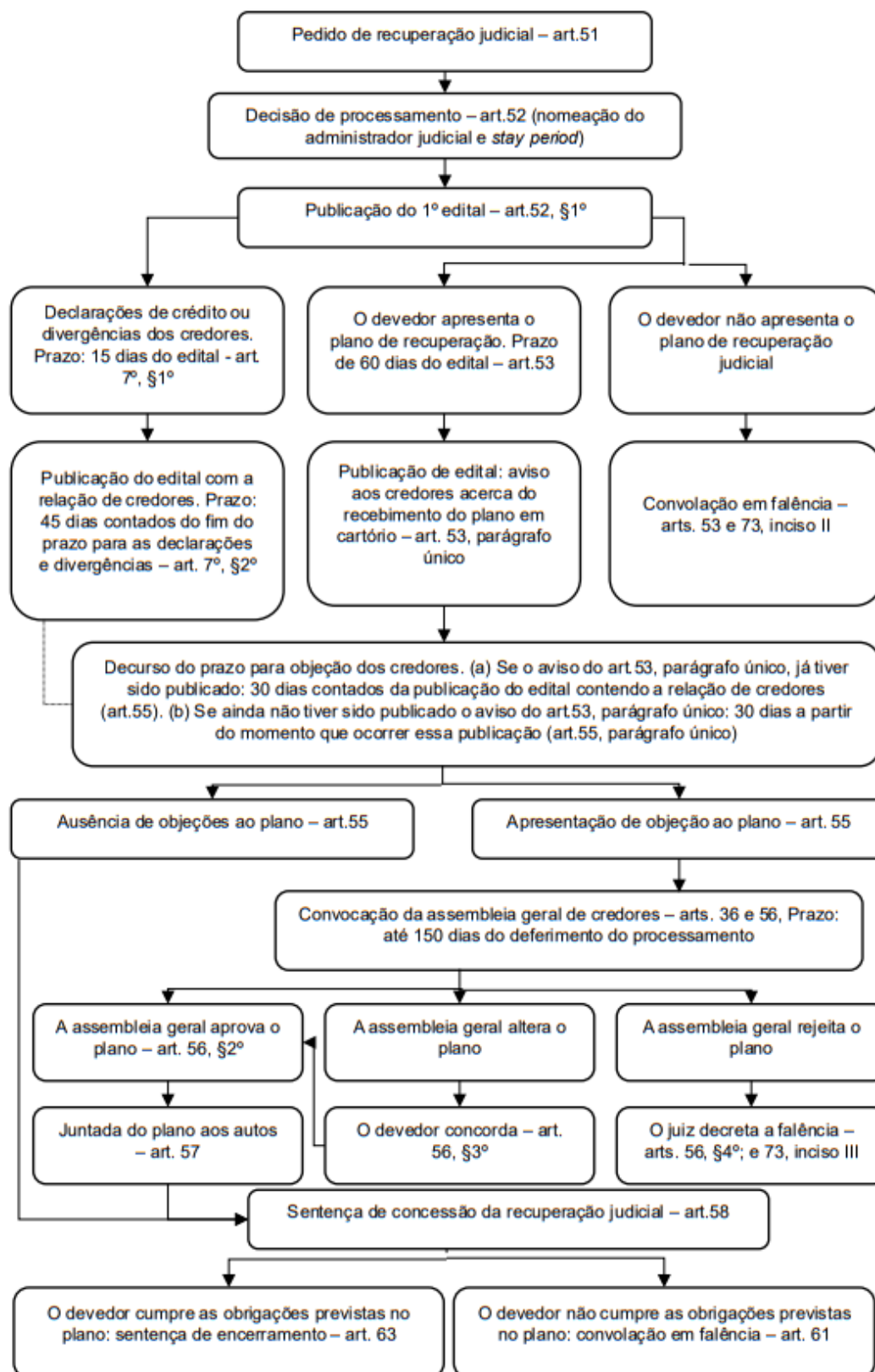
Portanto, já está claro que o objetivo da recuperação judicial é a manutenção da atividade empresarial como forma de preservá-la no mercado. Porém, a forma que ocorre essa manutenção é por meio da novação das obrigações, pois permite o reajuste dos ativos e passivos da empresa e alteração na forma de gestão da atividade, abrindo portas para a superação da crise, “alcançando uma rentabilidade autossustentável”⁷⁸.

⁷⁶ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 191.

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 263.

⁷⁸ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 30.

Figura 1 - Recuperação Judicial - Arts. 161 a 167



Fonte: modelo retirado do livro (NEGRÃO, R. Curso de direito comercial e de empresa [livro eletrônico], v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. [s. l.], 2018, p. 219.).

2 ANÁLISE FINALÍSTICA DOS SUJEITOS DA LEI Nº 11.101/2005: APLICAÇÃO ÀS ORGANIZAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

O foco do trabalho é analisar os “agentes” que a Lei traz como legitimados e os ilegitimados a utilizar a presente norma como instrumento de recuperação, sendo ela judicial ou extrajudicial, mas também como um mecanismo de liquidação, nos casos de falência. Com isso, passaremos para a verificação da possibilidade de ampliar a interpretação desse artigo, para enquadrar as Organizações Sem Fins Lucrativos e, assim, permitir a utilização da recuperação judicial, exclusivamente.

Para isso, é necessário aprofundar na caracterização desses agentes. Destaca-se que a definição destes não se encontra na legislação citada, sendo fundamental a utilização de outras legislações, como por exemplo o Código Civil, para o desenvolvimento do trabalho.

2.1 O artigo 1ª da Lei nº 11.101/2005: Empresário e Sociedade Empresária

O artigo primeiro da Lei nº 11.101/2005/2005 é bastante objetivo ao determinar que “esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Ou seja, somente o empresário e a sociedade empresária são legitimados para fazer uso dos instrumentos de recuperação judicial.

De acordo com Marlon Tomazette, para definir quem são os sujeitos do direito empresarial é necessário ter uma noção de empresa. Com isso, quando o artigo 966, CC, define empresário “aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, estamos, conjuntamente, definindo que a empresa é “atividade organizada e exercida profissionalmente dirigida para satisfazer as necessidades do mercado.”⁷⁹

⁷⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 45.

Semelhantemente, Waldirio Bulgarelli defende que a empresa é uma “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”⁸⁰.

Vale ressaltar que não podemos confundir empresa com empresário ou sociedade empresária, já que aquela é uma atividade, sendo assim, não pode ser considerada um sujeito ou um objeto de direito, mas um fato jurídico.

Como é defendido por Gladston Mamede:

[...] o empresário e a sociedade empresária são sujeitos personalizados de direitos e deveres, são pessoas. A empresa, por seu turno, mesmo considerada como um ente autônomo, não é um sujeito, mas um objeto de relações jurídicas, embora não se confunda com o complexo de bens organizados para o seu exercício, ou seja, embora não se confunda com o estabelecimento.⁸¹

Todavia, todos esses conceitos derivam da evolução jurídica do Código Civil Brasileiro ao adotar a Teoria da Empresa, pois antigamente somente era considerado empresário os indivíduos que faziam parte das Corporações de Ofícios ou quem praticava atos definidos como comerciais pelo Código Napoleônico.

No primeiro momento, conhecido pelas Corporações de Ofício, ficou marcado com a sua definição restrita de quem seriam os “empresários”, que na época eram nomeados como comerciantes e por suas normas regulamentadas e aplicadas por eles mesmos.

Segundo Jorge Manuel de Abreu, “era um direito criado pelos mercadores para regular as suas atividades profissionais e por eles aplicado”⁸². Isso significa que o direito comercial, por muito tempo, foi um “direito de classe profissional, fruto dos costumes mercantis e com uma jurisdição própria.”⁸³

Gladston Mamede também traz em sua obra um pouco do período histórico.

Na Idade Média, a atenção social voltou-se para o campo, onde a divisão da propriedade rural em grandes estruturas políticas caracterizou o Feudalismo.

⁸⁰ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 100.

⁸¹ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 6.

⁸² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. V. 1. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.

⁸³ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 9.

As cidades, contudo, continuaram a existir e o comércio também. Para a mútua proteção, artesão e comerciantes organizaram-se em corporações de ofício e essas, por seu turno, tomaram para si a função de regulamentar a atividade mercantil, o que fizeram por meio de consolidações de costumes, também chamadas de *consuetudos*.⁸⁴

No segundo momento, mais conhecido pela Teoria dos Atos de Comércio, no qual o Código Napoleônico de 1807 trazia dentro de seus artigos uma lista de atos do cotidiano realizados pelos empresários, os definindo como aqueles que praticava qualquer daqueles atos citados, não importando quem fosse a pessoa, ou seja, se ela era comerciante ou não.

Conforme Giuseppe Auletta:

O direito comercial passa a ser o direito dos atos de comércio, praticados por quem que seja, independentemente de qualquer qualificação profissional, ou participação em corporações. Tenta-se atingir a principal aspiração do direito mercantil, qual seja, a se disciplinar todos os atos constitutivos da atividade comercial.⁸⁵

Todavia, graças a Teoria da Empresa, que teve origem na Itália em 1942, que abrange mais sujeitos que atuam no mercado, como observado por Oscar Barreto Filho:

Unem-se as ideias do ato de comércio e do comerciante numa realidade mais dinâmica, a da atividade econômica, isto é, o conjunto de atos destinados a um fim, a satisfação das necessidades do mercado geral de bens e serviços.⁸⁶

Com isso, podemos dizer que o empresário pode ser uma pessoa física, que apresenta determinadas características, que muitas vezes são designadas de forma diversa entre os doutrinadores, porém podemos citar como principais e comuns entre eles, as seguintes: economicidade, organização, profissionalismo e direcionado ao mercado.

De forma bem objetiva, a economicidade pode ser definida como “criação de riquezas e de bens ou serviços patrimonialmente valoráveis, com vistas à produção ou à circulação de bens ou serviços”⁸⁷ ou seja, é “atividade voltada para produção de novas

⁸⁴ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2.

⁸⁵ AULETTA, Giuseppe. **L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al codici civile del 1942**. Cento anni dal Codice di commercio. Milano: Giuffrè, 1984. p. 78.

⁸⁶ BARRETO FILHO, Oscar. Pela dignidade do direito mercantil. **Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais**. ano 2, n.6. set./dez. 1999. p. 301.

⁸⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 73.

riquezas”⁸⁸. O elemento organização é definida pela sua gestão dos “fatores de produção para o bom exercício da atividade”⁸⁹. Sendo assim, se compreende como “a organização de trabalho alheio e do capital próprio e alheio.”⁹⁰

Já o elemento do profissionalismo é trazido como uma atividade não ocasional, mas sim habitual do indivíduo, “assumindo em nome próprio os riscos da empresa”⁹¹. Gladston Mamede defende que é uma “sucessão contínua de ações para realizar o objeto professado”⁹². E por último, a característica de ser dirigido ao mercado, no qual a atividade deve ser “voltada a satisfação de necessidades alheias”⁹³.

Waldirio Bulgarelli traz de forma bem resumida e didática todas os elementos apresentados acima que caracterizam o empresário:

[...]o aspecto subjetivo, de quem exerce a empresa – o empresário –, definido como o sujeito – pessoa física ou jurídica – que, em nome próprio, exerce atividade econômica organizada – incluindo a organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio –, com o fim de operar para o mercado e não para consumo próprio, de forma profissional.⁹⁴

Já as sociedades empresárias possuem sua definição também no CC em seu artigo 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Ou seja, a sociedade empresária estaria representando um empresário coletivo, no sentido de duas ou mais pessoas se juntarem para exercer a atividade empresarial, constituindo personalidade jurídica e patrimônio próprio, como traz Gledson Mamede ao definir sociedade como “à pessoa jurídica que foi constituída para o exercício da empresa”⁹⁵.

Não divergindo do que é defendido por Ricardo Negrão:

⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 73.

⁸⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 73.

⁹⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 73.

⁹¹ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 73.

⁹² MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 4.

⁹³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 75.

⁹⁴ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. v2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 124.

⁹⁵ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 5.

Fundindo essas noções com o conceito de sociedade, pode-se concluir que sociedade empresária é o contrato celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas, ou somente entre pessoas físicas (art. 1.039), por meio do qual estas se obrigam reciprocamente a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.⁹⁶

Além disso, Tomazette identifica que esse conceito faz parte da teoria da empresa, por “não ser mais necessária a distinção em sociedades comerciais e civis, mas agora distinguem as sociedades empresárias e simples.”⁹⁷.

Sylvio Marcondes evidencia essa diferença:

Distingue-se a sociedade empresária da simples porque sua atividade é caracterizada por três elementos formadores: a) a economicidade – consistente na criação de riquezas; b) a organização – representada por uma estrutura visível, de fatores objetivos e subjetivos de produção; e c) a profissionalidade – ou habitualidade de seu exercício.⁹⁸

Igualmente apresentado por Ricardo Negrão:

[...] Simples é a sociedade que possui objeto social distinto da atividade própria de empresário, que, por sua vez, consiste no exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.⁹⁹

Desta forma a sociedade empresária traz características bastantes similares a do empresarial por estar exercendo a atividade empresarial, porém possui características próprias, como contribuição para o capital social, participação nos lucros e *affectio societatis*.

A contribuição para o capital social é pressuposto necessário da sociedade, trazida pelo artigo 1.004, CC, pois “representa o patrimônio inicial da sociedade, indispensável para o exercício da atividade comum e para das aos terceiros, potenciais contratantes ou credores da sociedade, a necessária confiança.”¹⁰⁰.

⁹⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 272.

⁹⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 231-232.

⁹⁸ MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10-11.

⁹⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 271.

¹⁰⁰ BUONOCORE, Vincenzo. **La società**. Milano: Giuffrè, 2000. p. 6.

O próximo elemento é a *affectio societatis* que significa “confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinados benefícios”¹⁰¹, ou seja, “não se trata de um simples consenso comum entre os contratos gerais, mas de uma manifestação expressa de vontade no sentido do ingresso na sociedade e consecução de um fim comum.”¹⁰²

Por último, a participação nos lucros, é considerado como uma consequência natural pois “o fim econômico é próprio do contrato de sociedade. Seu objetivo é produzir vantagens que, compartilhadas entre os contratantes, serão por eles apropriadas”¹⁰³.

No entanto, é importante destacar que a questão da lucratividade é abordada como sinônimo de finalidade econômica da atividade empresarial, sendo assim, deveria sempre visar à lucratividade e por isso é trazida por muitos como uma característica essencial. Todavia, evolução histórica do direito empresarial já apresentada, podemos dizer que o lucro continua sim sendo um elemento da empresa, mas não se encontra como elemento primordial, pois podemos ter o lucro como um lucro fim ou lucro meio.

Por exemplo, quando uma atividade empresaria possui lucro fim, ou seja, o objetivo final é ter lucro para ser distribuído entre os sócios conforme a sua participação, sua qualificação é diretamente de empresário ou sociedade empresária. Porém, existem atividades empresariais que possuem lucro meio, cuja distribuição ocorre na própria organização como investimento.

Com isso, se obtém o primeiro argumento do trabalho, no qual, no caso das Organizações sem Fins Lucrativos, não podemos dizer que elas não possuem lucro, somente por que no seu nome traz a terminologia *sem fins lucrativos*. Devemos dizer que essa lucratividade é distribuída para a sua própria causa.

Pensamentos sustentado por Henrique Pipolo:

Tal regra, no entanto, não pode ser vista de forma absoluta, pois as associações podem desenvolver atividades econômicas, mas o lucro eventualmente obtido é considerado como lucro meio, de forma que tal recurso é utilizado para obtenção dos fins para os quais a associação foi criada, ou seja, filantrópica, assistenciais, culturais, lazer, esporte, dentre

¹⁰¹ FRANCO, Vera Heleno de Mello. **Lições de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 133.

¹⁰² BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 26.

¹⁰³ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 32.

outros. Vale dizer, o lucro é meio e não fim. Este é perseguido pelas sociedades, pois o objetivo dos sócios é participar dos referidos lucros.¹⁰⁴

Segundo Carlos Roberto Gonçalves a terminologia *sem fins lucrativos* é erroneamente utilizada, pois “toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividade econômica, o que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa”¹⁰⁵. Sendo assim, a atividade empresarial terá sim lucratividade, sendo a diferença na forma como ela será distribuída, entre os sócios ou para a própria atividade.

Portanto, por intermédio dessa evolução jurídica, podemos dizer que a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 traz uma proteção a todas as formas de atividade econômica voltadas para a disponibilidade de produtos e serviços ao mercado de forma organizada e profissionalmente. Com isso em mente, podemos aplicar a interpretação finalística, no sentido de proteção de todas as atividades empresariais, como por exemplo às instituições de ensino superior e hospitais, sob o fundamento de que elas “exercem atividades que, em sua essência, nada diferem das exercidas por empresários ou sociedades empresárias”¹⁰⁶. Isso porque, essas atividades apresentam o exercício profissional, de forma organizada da produção de bens e serviços, de forma econômica, não importando se o lucro está sendo redirecionado como investimento da atividade.

2.2 Artigo 2º: Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista

O próximo artigo a ser analisado é o segundo da Lei nº 11.101/2005, que traz a vedação legal, ou seja, que não são legitimadas a utilizar os instrumentos de recuperação, judicial ou extrajudicial, e o de liquidação, no caso de falência.

Art.2º. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de

¹⁰⁴ PIPOLO, Henrique Afonso. A Recuperação Judicial das associações - pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômico - uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista Jurídica da UniFil**, Paraná, v. 11, n. 11, nov. 2018. p. 4.

¹⁰⁵ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240.

¹⁰⁶ PIPOLO, Henrique Afonso. A Recuperação Judicial das associações - pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômico - uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista Jurídica da UniFil**, Paraná, v. 11, n. 11, nov. 2018. p. 5.

plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”

Ressalvo que o presente capítulo somente irá abordar o inciso primeiro do artigo segundo, por ter uma maior conexão com a problemática proposta, pois é comum associar indiretamente as Organizações Sem Fins Lucrativos com as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, por causa da ideia do estado estar atuando por trás desses sujeitos, sendo então todas enquadradas, de forma errônea, como empresas estatais. Iremos abordar essa confusão e demonstrar o não enquadramento das Organizações Sem Fins Lucrativos no conceito de empresa estatal ao decorrer do trabalho.

A definição de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista se encontra nos artigos 3º e 4º, respectivamente, da lei 13.303/2016. Esta lei advém da previsão constitucional do artigo 173, §1, que determina uma lei complementar para regulamentar o estatuto jurídico dos sujeitos que explorassem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Concomitantemente, o art.37, XIX, também da Constituição estabelece a necessidade de lei autorizativa para instituição de empresas estatais, “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”¹⁰⁷

Ou seja, a própria Constituição, no caput do artigo 173, permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, hipótese em que será constituído pessoa jurídica de direito privado, que terá parte majoritária do seu controle acionário nas mãos do Estado.

De acordo com Rafael Rezende:

[...] o Estado pode assumir o controle acionário de empresas privadas que passarão a integrar a Administração Indireta, com participação acionária minoritária de particulares, mas não se confundem com as demais estatais, pois não houve lei autorizativa para a sua instituição, requisito indispensável para a caracterização da sociedade de economia mista.¹⁰⁸

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 117.

Necessariamente, se o Estado não tiver o controle acionário majoritário, será excluído da Administração Indireta, não se enquadrando no conceito de empresas estatais, pois como apontado por Rafael Schwind:

[...] Trata-se de participação do Estado como sócio-empresário, em uma autêntica relação de parceria, de natureza societária, entre os setores público e privado, sem que dessa relação decorra o necessário controle da empresa pelo ente administrativo, ainda que ele disponha de alguns poderes extravagantes.¹⁰⁹

Todavia, somente em casos excepcionais será permitido a instituição das dessas empresas estatais. Esses casos sendo "necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"¹¹⁰. Então para instituir uma empresa pública ou sociedade de economia mista é necessário, primeiramente, comprovar que a sua instituição é de extremo interesse do coletivo ou necessidade da segurança nacional, como por exemplo a Caixa Econômica Federal e a Petrobras.

De acordo com Di Pietro, quando o art.1 da lei 1.3303 ao estabelecer, mais uma vez, o objetivo de criação dessas duas empresas estatais, ela "repete e amplia o que consta no art.173, §1, da Constituição"¹¹¹, explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos". Para completar o pensamento, Di Pietro manifesta que:

[...] Além disso, não é qualquer atividade econômica que justifica a instituição da empresa pública (e também da sociedade de economia mista), já que o artigo 2º, § 1º, deixa expresso que a lei, ao dar autorização legislativa para a sua criação, deve indicar, de forma clara, qual o "interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal."¹¹²

¹⁰⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017, *apud* NIEBUHR, Pedro de Menezes; ASSIS, Luiz Eduardo Alterburg de. O Estado como Acionista Minoritário nas Sociedades Privadas. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 243-268, abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p243>. Acesso em: 11 set. 2021.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 553.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 553.

2.2.1 Empresa Pública: Aspectos Principais

Primeiramente, a Empresa Pública é conceituada no Art. 3º, Lei 1.3303 como uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios”. Ou seja, é uma pessoa jurídica de direito privado, podendo ser estruturada de qualquer forma societária admitida em direito, como previsto no art. 5.º, II, do Decreto-Lei 200/1967.

Ela terá um patrimônio próprio e seu capital integralizado pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, “podendo contar com a participação de outras pessoas jurídicas de direito público ou de entidades da administração indireta de qualquer das três esferas de governo”¹¹³.

O parágrafo único do art.3º da lei 1.3303 permite essa participação de outras pessoas jurídicas de direito público mas o controle majoritário deve continuar nas mãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

2.2.2 Sociedade de Economia Mista: Aspectos Principais

Já a Sociedade de Economia Mista está conceituada no art.4, da mesma lei.

A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Ela é uma pessoa jurídica de direito privado, somente podendo ser estruturada como sociedade anônima e, conseqüentemente, seu capital social é integralizado por fontes pública e privada. “Por essa razão, tanto as pessoas administrativas quanto os particulares podem

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 553.

participar da formação do capital. É fundamental, no entanto, que o controle acionário da entidade pertença ao Estado”¹¹⁴, nos termos do art. 5.º, III, do Decreto-Lei 200/1967.

Esse controle acionário significa que o “direito a voto em sua maioria à União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou entidades da administração indireta” e deve deixar expresso na lei autorizadora o relevante interesse público ou a razão de segurança nacional.

Como explicado por Di Pietro:

A sociedade de economia mista, da mesma forma que a empresa pública, só pode ser criada para explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, desde que justificado o interesse público relevante ou a razão de segurança nacional a que se destina.

¹¹⁵

Por fim, a vedação da falência dessas empresas estatais não é pacífica, sendo dividida em três entendimentos. O primeiro entende que o art.2º, I, da Lei nº 11.101/2005 é inconstitucional, pois de acordo com José Edward Tavares Borba, vai contra o disposto no art.173, §1, II, CF, visto que:

Trata-se de mera reedição de norma flagrantemente inconstitucional. As sociedades de economia mista e empresas públicas, como qualquer sociedade – esse é o comando constitucional – regem-se pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas.¹¹⁶

O segundo entendimento, defendido por José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini, Celso Antônio de Mello e Di Pietro, traz a necessidade de compatibilizar o artigo segundo inciso primeiro com a constituição, pois de acordo com Di Pietro:

[...] a lei falhou ao dar tratamento igual a todas as empresas estatais, sem distinguir as que prestam serviço público (com fundamento no artigo 175 da Constituição) e as que exercem atividade econômica a título de intervenção (com base no artigo 173 da Constituição). Estas últimas não podem ter tratamento privilegiado em relação às empresas do setor privado, porque o referido dispositivo constitucional, no § 1º, II, determina que elas se sujeitem ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.¹¹⁷

¹¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 129.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 555.

¹¹⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 522.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 584.

Para finalizar, o terceiro entendimento, defendido por Marcos Juruena Villela Souto e Marcos Bemquerer, concordam com o que está disposto nos artigos apresentados anteriormente, sendo eles compatíveis entre si. Pensamento igualmente apresentado por Rafael Rezende:

[...] empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem falir, tendo em vista a inadequação do processo falimentar às entidades administrativas. As estatais são criadas por autorização legal para atender relevante interesse social ou imperativo de segurança nacional, interesses que **não poderiam ser afastados pelo Judiciário para satisfação de interesses privados (econômicos) de credores. Em caso de impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte da estatal, haverá a responsabilidade subsidiária do Ente federado controlador.**¹¹⁸
(Grifo nosso)

2.3 Organização Sem Fins Lucrativos e o Terceiro Setor

Neste subtópico iremos abordar as Organizações Sem Fins Lucrativos, contextualizando a sua origem, conceituando e iniciando a sua análise comparativa com a Lei nº 11.101/2005, abordando os argumentos que possibilitam o seu enquadramento no artigo 1º da mesma Lei, e conseqüentemente, o pedido de recuperação judicial.

2.3.1 Terceiro Setor: Origem das OSFL

O Terceiro Setor se originou nos Estados Unidos da América no anos 70 “para identificar um setor da sociedade no qual atuam organizações sem fins lucrativos, voltadas para a produção ou a distribuição de bens e serviços públicos”¹¹⁹.

Já no Brasil, teve grande crescimento no século XX, após diversas “crises políticas e econômicas que intensificaram os problemas sociais e a desigualdade no país, como por

¹¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 136.

¹¹⁹ SMITH, David Horton. Four Sectors or Five? Retaining the Member-Benefit Sector. **Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly**, [S.l.], v. 20, n. 2, jun. 1991. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/089976409102000203>. Acesso em: 03 ago. 2021. p. 137-50.

exemplo a pobreza e fome”¹²⁰, no qual nem o Estado nem o Mercado, que são considerados como o primeiro e o segundo setores, conseguiram trazer soluções, causando grande violação aos direitos fundamentais hoje previstos na Constituição, por causa da precariedade na oferta dos serviços públicos, como por exemplo, a saúde e a educação.

De acordo com Irene Nohara:

Depois de décadas de regime militar, numa ambiência não muito propícia ao estímulo da ação dos movimentos sociais e, paralelamente, das ONGs, houve, a partir de 1985, o início da redemocratização, com a campanha das *Diretas Já*.¹²¹

Com a redemocratização, os movimentos sociais tomaram força a partir do reconhecimento da importância de ações sociais para o desenvolvimento do país, com “participação e mobilização social importante para o desenvolvimento da democracia e para o enfrentamento dos problemas sociais, que contribui enormemente para o bem-estar das partes interessadas”¹²².

José Eduardo Sabo sustenta:

A importância desse setor no âmbito da sociedade e da economia contemporâneas pela sua capacidade de mobilização de recursos humanos e materiais para o atendimento de importantes demandas sociais que, frequentemente, o Estado não tem condições de atender; pela sua capacidade de geração de empregos (principalmente nas sociedades mais desenvolvidas, onde os investimentos sociais são bem maiores); e pelo aspecto qualitativo, caracterizado pelo idealismo de suas atividades – enquanto participação democrática, exercício de cidadania e responsabilidade social.¹²³

Em outros termos, o Terceiro Setor teve seu grande crescimento por preencher lacunas deixadas pelos outros dois setores, com seu objetivo de defender os direitos dos indivíduos que se encontram em condições de vulnerabilidade, promovendo a diminuição do desemprego, aumentando o acesso à educação, cultura e políticas públicas, com a participação

¹²⁰ ANESE, Vivian; COSTA, Carlos; COELHO, Elenise Abreu. Impacto Social das Ações de uma Organização Sem Fins Lucrativos. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 61-75, jan./mar. 2018.

¹²¹ NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 715.

¹²² ANESE, Vivian; COSTA, Carlos; COELHO, Elenise Abreu. Impacto Social das Ações de uma Organização Sem Fins Lucrativos. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 61-75, jan./mar. 2018.

¹²³ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 80.

ativa da sociedade, uma vez que está diretamente ligado ao interesse do povo e somente eles podem de fato trazer o que está faltando na atuação do Estado e do Mercado.

Desta maneira, o Terceiro Setor pode ser definido como “o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”¹²⁴.

José Eduardo Sabo segue o mesmo pensamento ao definir como:

Conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.¹²⁵

Boaventura de Souza Santos confirma:

São instituições que tentam realizar o compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais, adotando a flexibilidade operacional típica de pessoas privadas sem prejuízo da busca de equidade social inerente a qualquer instituição pública.¹²⁶

Portanto, podemos observar que o Terceiro Setor é essencial para o desenvolvimento, da sociedade brasileira, no qual se criou novos agentes para exercer o dever de proteção e garantia dos direitos fundamentais, sendo um deles a Organização Sem Fins Lucrativos.

2.3.2 Organizações Sem Fins Lucrativos

As Organizações Sem Fins Lucrativos são conhecidas como pessoas do direito privado que atuam no Terceiro Setor. Ou seja, são entes classificados como pessoas jurídicas de direito privado, se estruturando como associações, fundações privadas ou organizações religiosas, no termo do art.44, do Código Civil Brasileiro, porém “com objetivo de atender os interesses sociais”¹²⁷.

¹²⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 114.

¹²⁵ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 80.

¹²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado: Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 243

¹²⁷ NETO, José Querino Tavares; FERNANDES, Aline Ouriques Freira. Terceiro Setor e Interesses Coletivos: As alternativas sociais na busca da cidadania. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, jul. 2010. p. 373.

A título de exemplo, José Querino Neto e Aline Fernandes registram:

Essas organizações podem atuar nos direitos difusos (preservação do ambiente); promoção social (saúde, educação), benefício mútuo (sindicatos) e instituições com intuito de apoiar financeiramente, institucional, ideológica, técnica e gerenciamento as instituições de todas as áreas (fundações privadas e institutos de pesquisas).¹²⁸

Essas organizações podem ser conceituadas de diversas formas dentro do sistema brasileiro, como por exemplo, por meio de ONG, institutos, organizações filantrópicas, fundações, associações, OSCIP, entre outros. No entanto, todos os entes jurídicos de caráter não governamental, que não tenham fim econômico, que defendem a concretização dos direitos fundamentais, da cidadania e têm por escopo o bem comum, integram o universo do Terceiro Setor.

Como confirma José Eduardo Sabo, “todas são entidades de interesse social e apresentam, como característica comuns a todas elas, a ausência de lucro e o atendimento de fins públicos e sociais”¹²⁹.

Todavia essas organizações podem receber proteção e ajuda do Estado para o exercício de sua atividade, porém para que isso ocorra precisa se enquadrar em determinados requisitos impostos por lei, que variam a depender da sua espécie. Podemos citar a Lei 9.790/1999, que instituiu uma parceria do Estado com a OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público:

Criadas e geridas exclusivamente pelos particulares, qualificadas e continuamente fiscalizadas pelo Estado, sob a égide de regime jurídico especial – adoção de normas de direito privado com as derrogações originárias do regime jurídico de Direito Público.¹³⁰

Todavia, esses incentivos não são elementos suficientes para enquadrar as Organizações Sem Fins Lucrativos dentro da Administração Pública, mas sim nas entidades públicas não estatais, como é defendido por Di Pietro, pois “seriam públicas porque estão

¹²⁸ NETO, José Querino Tavares; FERNANDES, Aline Ouriques Freira. Terceiro Setor e Interesses Coletivos: As alternativas sociais na busca da cidadania. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, jul. 2010. p. 378.

¹²⁹ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 91.

¹³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 73.

prestando atividade de interesse público, mas não estatais porque não integram a Administração Pública Direta ou Indireta”¹³¹. Sendo assim, somente estariam atuando ao lado do Estado.

2.3.3 Diferenciação com a Administração Pública

Neste subtópico, iremos desenvolver um dos grandes e mais importantes argumentos do trabalho, o porquê das Organizações Sem Fins Lucrativos não se enquadrarem no conceito de Empresa Estatal, mais precisamente o não enquadramento na administração pública indireta.

A Administração Pública Brasileira é composta por “pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem atividades administrativas”¹³², podendo ser classificada como Direta e Indireta.

Rafael Carvalho Rezende explica que:

A Administração Pública, em seu sentido subjetivo, conforme já demonstrado, engloba todas as pessoas jurídicas e seus respectivos órgãos que executam atividades administrativas.

[...] A Administração Direta compreende os Entes Federativos (União, Estados, DF e Municípios) e seus respectivos órgãos. Nesse caso, o Ente atua por meio de seus órgãos e de maneira centralizada. Os órgãos estatais, fruto da desconcentração interna de funções administrativas, serão os instrumentos dessa atuação.

Por outro lado, a Administração Pública Indireta compreende as entidades administrativas que exercem funções administrativas, a partir da descentralização legal, e que estão vinculadas ao respectivo Ente federativo”

¹³³

Isso significa que a Administração Pública Direta é aquela praticada pelo próprio Estado. Isto é, a função administrativa está sendo praticada pela União, Estados, Municípios ou pelo Distrito Federal, por meio da criação de órgãos sem personalidade jurídica, no qual há um controle hierárquico. Por exemplo, o Ministério da Saúde. É um órgão criado pelo

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo, Entidades Paraestatais e Terceiro Setor**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1120.

¹³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 72.

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 73.

Presidente da República que precisa da personalidade jurídica da União para existir e é ela que se responsabiliza pelos atos do ministério.

Já a Administração Pública Indireta é a descentralização administrativa, no qual o Estado cria entidades com personalidade jurídica própria, para auxiliá-lo na prestação de serviço e não há uma vinculação, mas sim um controle finalístico.

O artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, traz as entidades que compõem a administração pública indireta: “autarquias; as empresas públicas (e suas subsidiárias); as sociedades de economia mista (e suas subsidiárias); e as fundações públicas (estatais) de direito público e de direito privado”¹³⁴.

Nesse sentido, podemos afirmar que as pessoas jurídicas de direito privado ou público que fazem parte da administração pública indireta, são conhecidas como Empresas Estatais.

Conforme explanado por Rafael Carvalho Rezende:

A expressão “empresas estatais” compreende toda e qualquer entidade, civil ou comercial, sob o controle acionário do Estado, englobando as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as demais sociedades controladas pelo Estado.¹³⁵

Igualmente apresentado pela Maria Sylvia Di Pietro:

Com a expressão **empresa estatal** ou **governamental** designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, diretamente ou por meio de outra entidade da administração indireta, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, além de outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II, 173, § 1º).¹³⁶

Para isso, essas empresas possuem características distintas, como: autorização legislativa e o controle finalístico. A primeira segue o princípio da reserva legal, no qual há necessidade de uma lei específica para a sua criação, sendo que elas somente “podem

¹³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 73.

¹³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 177.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 549.

desempenhar as atividades que estiverem, especialmente, previstas na respectiva lei de criação ou autorizativa”¹³⁷.

Agora, o controle finalístico serve para assegurar que a entidade está atendendo a finalidade no qual ela foi criada, sendo o “atendimento correto das finalidades contempladas na legislação e não deve se referir às atividades rotineiras das entidades”¹³⁸.

À vista disso, as Organizações Sem Fins Lucrativos não se enquadram nessa qualificação, pois não são criadas, instituídas ou autorizadas por lei específica, sendo assim, não são criados pelo Estado, não possuindo nenhum controle finalístico ou hierárquico dessa ordem.

Todavia, isso não impede de receberem benefícios do Estado, como forma de incentivo para a continuação de suas atividades, pois como demonstrado anteriormente, elas apresentam o objetivo de atender os interesses sociais, auxiliando o próprio Estado em locais onde eles não possuem muita atuação.

Podemos citar o FIES, que é um Fundo de Financiamento Estudantil que permite pessoas de baixa renda terem acesso às Instituições Privadas de Ensino Superior. Isto é, é um auxílio do governo no pagamento das mensalidades da Faculdade Privada, no qual a bolsa cobre uma parte da mensalidade do estudante, sendo que o mesmo fica responsável pela quitação do restante. E assim, o aluno reduz essas mensalidades de acordo com a sua condição financeira, pagando as parcelas do financiamento somente após a conclusão do curso.

Esse benefício significa a maior procura da sociedade em ensino superior privado, que leva a própria instituição a fazer investimentos para melhoramento na prestação de serviços, para atender a alta demanda de alunos. Ou seja, é a prática da lei da oferta e da demanda, o que torna atrativo para a instituição privada fazer parte deste programa.

¹³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 76.

¹³⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 76.

Apesar disso, os benefícios não seriam um argumento suficiente para enquadrá-las na administração indireta, sem as características principais presentes, pois ainda não existe um vínculo com o Estado, o tornando o principal tomador de decisões da atividade.

Por isso, as Organizações Sem Fins Lucrativos não fazem parte da Administração Indireta, não podendo compará-las com as Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista no momento de interpretação do artigo 2º da Lei nº 11.101/2005, pois, como já evidenciado, elas não possuem vinculação direta ou indireta com Estado. Com isso, estamos abrindo a possibilidade de enquadramento no artigo 1º da mesma Lei, já que o maior impedimento foi superado.

2.4 Efeito Jurídico do Registro do Ato Constitutivo da Sociedade

Outro argumento bastante recorrente no momento de se negar a recuperação judicial das Organizações Sem Fins Lucrativos é que as mesmas não são registradas como Sociedades Empresariais. No entanto, esse argumento não deve prosseguir, pois o regime brasileiro ao adotar a teoria da empresa, ampliou o seu entendimento de quem seriam os empresários.

Isso significa que para considerar uma pessoa como empresária, ela somente deve comprovar que está exercendo a atividade empresarial, ou seja, exercendo “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”¹³⁹.

Nesse sentido, o registro possuiu um efeito declaratório, isto é, não é o registro na Junta Comercial que traz a condição de empresário ou de sociedade empresária, pois “não se trata de condição de eficácia, mas apenas de publicidade dos atos, daí dizer que o registro tem natureza eminentemente declaratória”¹⁴⁰.

Ricardo Negrão explica que:

[...] o Registro de Empresa garante a publicidade dos atos ali inseridos, dando a qualquer pessoa o direito de consultar os assentamentos e obter as

¹³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

¹⁴⁰ VALERI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya. 1950. p. 47.

certidões que desejar, independentemente de prova de interesse (art. 29 da Lei n. 8.934/94).¹⁴¹

Igualmente, o enunciado 199, da III Jornada de Direito Civil esclarece que “a inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização”. Manoel Justino Bezerra defende no mesmo sentido de que “a natureza jurídica da inscrição não é constitutiva, é meramente declaratória”¹⁴²

Desta forma, o registro não é nada mais que uma formalidade para terceiros, não tendo efeito no momento de constituição do empresário, como pode ser observado na lei 8.934/94, que expõe no seu artigo 1º as finalidades do registro público;

I- dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis; II- cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no Brasil e manter atualizadas as informações pertinentes; III - proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como a seu cancelamento.¹⁴³

Então, podemos dizer que o registro possui a finalidade de conceder uma “proteção jurídica e gozo das prerrogativas próprias de empresário, tratamento registrário e fiscal favorecido e diferenciado”¹⁴⁴, além de conceder personalidade jurídica. Mas nunca de caracterização como empresário, pois conforme o enunciado 198, da mesma Jornada de Direito Civil traz que:

A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

Ou melhor dizendo, mesmo que o Código Civil traz no artigo 967, a obrigatoriedade do registro, os que não o tiverem, serão considerados como empresários irregulares e não

¹⁴¹ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 201.

¹⁴² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 3920.

¹⁴³ BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

serão impedidos de continuar com exercício da atividade empresarial, de um modo geral. Contudo deve demonstrar o cumprimento de todos os elementos do artigo 966, CC.

Além do mais, não houve a previsão de sanções à sua ausência, somente limitações com a sua atuação, com “restrições previstas na legislação administrativa, processual e mercantil”¹⁴⁵, por exemplo uma limitação processual prevista no artigo 97, inciso IV, §1, da Lei nº 11.101/2005, que traz quem são os legitimados a requerer a falência, declarando que “ao empresário não registrado é vedado requerer a falência de outro.”¹⁴⁶

Manoel Justino Bezerra¹⁴⁷ explica:

[...] se o credor for empresário (empresário individual ou sociedade empresária), terá de comprovar que está com seus atos constitutivos regularmente arquivados na Junta Comercial, sob pena de indeferimento da inicial, por ilegitimidade de parte, com, fundamento no inciso VI do artigo 267 do CPC/1973 (parcialmente correspondente ao inciso VI do artigo 485 do CPC/2015).

Não obstante, o artigo 105 da Lei de Recuperação e Falência, prevê a possibilidade de autofalência do devedor, referindo-se quando o próprio devedor não vê possibilidade de superação da crise econômico-financeira, então ele pode escolher tomar a iniciativa de requerer a falência.

Logo em seguida, no inciso IV declara a possibilidade da autofalência “ser requerida por qualquer empresário, inclusive pelos irregulares”¹⁴⁸, pois a lei exige a comprovação de sua condição de empresário, podendo ser por meio de um contrato ou estatuto social em vigor ou se não houver, deve indicar todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais. Desta maneira, o devedor pode pedir a falência juntando o seu registro e não o tiver pode indicar, em simples petição, as informações dos sócios e a relação de seus bens pessoais.

¹⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

¹⁴⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020. p. 201.

¹⁴⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 7947.

¹⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 344.

À vista disso, está claro que a regra do efeito jurídico do registro é declaratório, sendo hipótese de exceção para o empresário rural, conforme o Enunciado 202 da III Jornada de Direito Civil: “O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção”.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que o requisito, do artigo 48, da Lei nº 11.101/2005, de exercício regular há mais de 2 (dois) anos para requerer recuperação judicial, no caso do empresário rural não é contado do registro na junta comercial, pois o registro é facultativo e sendo apenas elemento de mudança da conceituação da atividade, que era civil e passa a ser empresária.

De acordo com Ivo Waisberg:

[...] no caso do empresário normal, não rural, cujo registro é tido como elemento de regularidade, a prova do exercício regular se dá pelo registro. Isto é, para os empresários cujo registro é obrigatório, a atividade sem registro seria irregular. Para os empresários cujo registro é facultativo, o momento do registro não é elemento de prova da regularidade, por isso o evidente descasamento entre o prazo de exercício da atividade e do registro.

Manoel Justino explica que:

No campo da realidade fática, este empresário rural já preencheu prazo superior a dois anos de exercício da atividade, a qual não sofreu qualquer mudança no mundo real, pois apenas houve mudança na conceituação jurídica da mesma atividade, de civil para empresária, que decorreu da inscrição efetuada.

Acredito que essa interpretação pode ser aplicada às Organizações Sem Fins Lucrativos, pois no mundo fático, elas estariam exercendo atividade empresarial, mesmo sem o registro na Junta Comercial, sendo tese é compatível com o princípio da preservação da empresa, pois estaríamos preservando a essência da legislação da recuperação judicial preta, superação de uma crise econômico-financeira para a proteção dos empregos, do interesse coletivo, do fisco e dos fornecedores.

2.5 Sociedades Empresárias e Organizações Sem Fins Lucrativos: Aspectos comuns e distinções

O próximo passo do presente trabalho é apresentar as principais características de uma atividade empresarial, demonstrando os aspectos semelhantes e distintos entre as Sociedades Empresariais e Organização Sem Fins Lucrativos, com o objetivo de demonstrar que no mundo fático esta exerce atividade empresarial igual àquela.

Vale lembrar, que os seguintes elementos caracterizadores de uma atividade empresarial são reflexos da Teoria da Empresa, no qual “coloca o direito comercial no fulcro da organização da atividade econômica”¹⁴⁹

Nesse sentido:

[...] toda atividade econômica exercida de forma organizada passa a contar com a tutela do direito comercial, abrangendo, inclusive, a atividade rural, a prestação de serviços, a atividade imobiliária e, não obstante não regulamentado especificamente pelo Código Civil, o comércio eletrônico.¹⁵⁰

De igual forma, o Enunciado 195, III Jornada de Direito Civil traz que “a expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica [...]”. O que também é defendido por José Barros Correia:

Atualmente, tem se recorrido ao que se convencionou denominar de “transeficácia teórica da empresa” para permitir justamente um alargamento do conceito de empresa à luz das ciências econômicas e da teoria da análise econômica do direito, dando novos ares a um instituto em constante mutação.¹⁵¹

Nesse sentido, a definição de atividade empresarial está estruturada com 4 elementos: atividade profissional, economicidade, finalidade, organização e direcionamento ao mercado. Esses elementos são requisitos cumulativos e essenciais para a caracterização da atividade empresarial e faremos um estudo doutrinário sobre a definição de cada um deles, tanto no âmbito empresarial quanto civil, aplicando-os as Organizações Sem Fins Lucrativos,

¹⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 3.

¹⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 3.

¹⁵¹ CORREIA JÚNIOR, José Barros. (Re)personalização do Direito Empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 99-122, set./dez. 2012.

tendo como suporte jurisprudencial o caso concreto da Universidade Cândido Mendes/ Rio de Janeiro, que é associação sem fins lucrativos.

De igual sentido, Alex Hatanaka e Flavia Regina de Souza Oliveira trazem a reflexão de que:

[...] não há dúvida de que certas associações e fundações assumem um relevo social marcante, não só pelo cumprimento de seu objeto, com o desempenho de atividades de importância social, mas também por criar empregos, pagar tributos e, em última análise, movimentar a economia. Em outras palavras, elas têm impacto econômico e social e exercem, de forma habitual e profissional, atividades que se aproximam de funções de uma empresa típica, mediante a coordenação de fatores de produção para a prestação de serviços ou de produtos.¹⁵²

Por fim, é importante destacar a escolha de sociedade empresária para essa comparação se dá em relação à proximidade estrutural com as organizações sem fins lucrativos e para facilitar essa visualização, utilizaremos como base as Associações, que está prevista no artigo 44, Código Civil, como uma pessoa jurídica de direito privado.

2.5.1 Atividade Profissional

A atividade pode ser definida como “um conjunto de atos destinados a uma finalidade comum”¹⁵³. No entanto, essa sequência de atos devem ser praticados de forma habitual visando à finalidade empresarial.

Mamede explica que a empresa, que seria a própria atividade, se manifesta por meio do “complexo de atos constantes, desenvolvidos no tempo”¹⁵⁴. Ou seja, “é uma sucessão contínua de ações para realizar o objeto professados, que é aquele motivo pelo qual se constituiu a empresa”¹⁵⁵

¹⁵² HATANAKA, Alex Hatanaka; OLIVEIRA, Flavia Regina de Souza. **Opinião sobre Recuperação Judicial e Falências das associações e fundações**. ConJur. 03 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/opiniao-recuperacao-judicial-falencias-associacoes>. Acesso em: 10 set. 2021. 7h13.

¹⁵³ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 146.

¹⁵⁴ MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 29.

¹⁵⁵ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 4.

Por conseguinte, é o exercício de forma não ocasional que caracteriza o profissionalismo da atividade. Por isso que, “essa conduta ou atividade não pode exaurir-se em um ato singular, mas deve consistir em série de atos para atingir um objetivo comum”¹⁵⁶.

No entanto, alguns doutrinadores, por exemplo Tomazette, defendem que “não se exige o caráter contínuo, mas apenas uma habitualidade tanto que a atividade temporária (ex: hospedagem) também podem caracterizar uma empresa, mesmo em face das interrupções impostas pela natureza da atividade”¹⁵⁷.

Conjuntamente, a sociedade empresária está assumindo em nome próprio o risco da atividade e com monopólio de informações. No primeiro aspecto, a sociedade empresária assume o risco, dado que:

[...] a pessoa que se propõe realizá-la deve ter competência para isso, adquirida mais por experiência de vida que propriamente por estudos. Além disso, trata-se sempre de empreitada sujeita a risco. Por mais cautelas que adote o empresário, por mais seguro que esteja do potencial do negócio, os consumidores podem simplesmente não se interessar pelo bem ou serviço oferecido. Diversos outros fatores inteiramente alheios à sua vontade - crises políticas ou econômicas no Brasil ou exterior, acidentes ou deslealdade de concorrentes, por exemplo - podem também obstar o desenvolvimento da atividade. Nesses casos, todas as expectativas de ganho se frustram e os recursos investidos se perdem. Não há como evitar o risco de insucesso, inerente a qualquer atividade econômica. Por isso, boa parte da competência característica dos empresários dotados de vocação diz respeito à capacidade de mensurar e atenuar riscos.¹⁵⁸

Logo, a sociedade empresária assume o risco em nome próprio, pois possui personalidade jurídica, o que a torna sujeito de direitos e obrigações, por meio da sua inscrição. No entanto, os sócios da sociedade também possuem responsabilidade social, podendo ser definida como limitada ou ilimitada, dependendo da sua forma de constituição.

Sobre o assunto Wazzo explana que:

Falamos em sociedades limitadas, quando nos referimos às nascidas de pacto social que limita a responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições (sociedades por ações) ou à integralização do capital social

¹⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 21.

¹⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 75.

¹⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 10.

(sociedades limitadas). Já nas sociedades ilimitadas, todos os sócios assumem responsabilidade ilimitada e solidária relativamente às obrigações sociais (sociedades em nome coletivo).

Destaque-se que, mesmo no caso das sociedades ilimitadas, a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária. Nos termos do art. 1.024 do CC, os bens particulares dos sócios não respondem por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais. Se os bens da sociedade não cobrirem as dívidas, a responsabilidade dos sócios pelo saldo deve ser proporcional à participação nas perdas sociais, exceto se existir cláusula contratual determinando a responsabilidade solidária.¹⁵⁹

Com isso, quando se constitui uma sociedade empresária, ela mesma está assumindo os riscos da própria atividade e é ela que irá responder diante dos credores, no primeiro momento, com o seu próprio patrimônio.

Para as Organizações Sem Fins Lucrativos, mesmo que a inscrição dos atos constitutivos seja em lugar diverso, o efeito é o mesmo, a declaração que traz como consequência a aquisição da personalidade jurídica, permitindo que a OSFL seja sujeito de direitos e deveres, semelhantemente com a sociedade empresária e conseqüentemente assumindo os risco da atividade em nome própria.

José Eduardo Sabo desenvolve no sentido de que:

A associação é uma modalidade de agrupamento dotada de personalidade jurídica, sendo pessoa jurídica de direito privado voltada à realização de interesses dos seus associados ou de uma finalidade de interesse social, cuja existência legal surge com a inscrição de seu estatuto, em forma pública ou particular, no registro competente, desde que satisfeitos os requisitos legais (CC, art. 45), que ela tenha objetivo lícito e esteja regularmente organizada. Com a personificação da associação, para os efeitos jurídicos, ela passará a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não terá relação com o dos associados, adquirindo vida própria e autônoma, não se confundindo com os seus membros, por ser uma nova unidade orgânica.¹⁶⁰

Em outro momento, José Eduardo Sabo completa esse pensamento:

O mesmo empenho que um empresário possa ter no sentido de dotar sua empresa de instrumentos de produção e comercialização modernos, de fazer as pesquisas de mercado cabíveis e ainda assim o seu negócio pode não dar certo; o empreendedor social também pode se empenhar e dotar sua associação ou fundação de uma estrutura para captar recursos, buscar auxílios,

¹⁵⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 109.

¹⁶⁰ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

subvenções, ter produtos próprios para serem comercializados em proveito de suas finalidades tendo também o uso de pesquisa de mercado e rigoroso controle técnico.¹⁶¹

Já no aspecto do monopólio de informações, Fábio Ulhoa explica que:

[...] Como o empresário é um profissional, as informações sobre os bens ou serviços que oferece ao mercado - especialmente as que dizem respeito às suas condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação, riscos potenciais à saúde ou vida dos consumidores - costumam ser de seu inteiro conhecimento. Porque profissional, o empresário tem o dever de conhecer estes e outros aspectos dos bens ou serviços por ele fornecidos, bem como o de informar amplamente os consumidores e usuários.¹⁶²

No mesmo sentido, Henrique Afonso Pipolo observa:

Destaca-se a busca a utilização, pelo Terceiro Setor, de técnicas eficientes de planejamento de suas ações de curto prazo, de captação de recursos, de administração de suas receitas e controle de suas despesas e a divulgação de sua imagem. No mesmo sentido, "... o terceiro setor incorpora critérios da economia de mercado do capitalismo para a busca de qualidade e eficiência de suas ações, atua segundo estratégias de marketing e utiliza a mídia para divulgar suas ações e desenvolver uma cultura política favorável ao trabalho voluntário nesses projetos.¹⁶³

Nesse sentido, não há muita diferença entre as sociedades empresariais e organizações sem fins lucrativos, pois terão o monopólio de informações sobre as suas áreas de atuação, sendo necessário melhorar a atuação de sua atividade e conquistar espaço no mercado.

Em outras palavras, Fran Martins esclarece que:

[...] consiste na prática repetida de atos de modo permanente, dirigidos esses atos para a realização de uma certo objetivo. Para tal, o comerciante se instala, registra a firma ou nome comercial, contrata empregados, estabelece escrita própria para a anotação de suas atividades. Em uma palavra, o comerciante se organiza para o fim específico de realizar atividades de intermediação ou de prestação de certos serviços, empregando capital e trabalho a fim de conseguir esse desiderato. Faz o exercício das atividades

¹⁶¹ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 434.

¹⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15.

¹⁶³ PIPOLO, Henrique Afonso. A Recuperação Judicial das associações - pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômico - uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista Jurídica da UniFil**, Paraná, v. 11, n. 11, nov. 2018. p. 6.

comerciais a sua profissão, a ela se dedicando com fervor e assumindo obrigações da prática da mesma¹⁶⁴.

Dessarte, quando a sociedade empresária exerce uma atividade de empresa, o pontapé inicial é com o seu ato constitutivo, onde define o seu objeto social, que é a finalidade da mesma, sua marca, o capital, quem são os sócios, como eles irão responder, a administração e entre demais formas necessárias para a atividade empresarial existir e funcionar.

A partir disso, o exercício da atividade empresarial continua, com o cumprimento deste ato constitutivo ao longo do tempo. Nessa direção, as OSFL também não se diferem, pois elas também irão necessitar de um ato constitutivo que apresente todas as informações necessárias sobre o seu funcionamento e para a continuidade do seu exercício, assim como as sociedades empresariais.

O ato constitutivo da OSFL será por meio de estatuto, no qual o artigo 54, do Código Civil traz as cláusulas obrigatórias, que são exatamente as informações mais importantes da atividade, como por exemplo “denominação, sede, os fins, fontes de recurso para a sua manutenção, forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas”¹⁶⁵

José Eduardo Sabo completa:

A elaboração do estatuto é momento que requer uma atenção e dedicação especial dos fundadores/instituidores da entidade, pois nele estará prevista a vontade, os anseios, os objetivos dos seus integrantes e a esta norma e sua regulamentação os novos membros ou associados deverão aderir.¹⁶⁶

No mesmo sentido, Tomazette traz que:

O começo da existência jurídica está fixado no instante em que é inscrita no Cartório de Registro Público, seja associação ou fundação. Esse registro público serve como fonte de informação, nele constando todas as características da entidade, tal qual sua denominação, sede, finalidades, órgãos que a administram, quem a representa ativa e passivamente, em Juízo e fora dele, forma de alteração do estatuto, responsabilidade de seus

¹⁶⁴ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 100, *apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 26.

¹⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

¹⁶⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 145.

membros pelas obrigações sociais, e, finalmente, a previsão das condições de sua extinção e o destino de seu patrimônio.¹⁶⁷

Por isso, podemos dizer que no quesito da atividade profissional, não há grandes diferenças, ao ponto de descaracterizar integralmente as Organizações sem fins lucrativos das sociedades empresárias, pois ambas precisam de um ato constitutivo, do registro, mesmo sendo em locais diferentes, para a adquirir personalidade jurídica e ser sujeito de direitos e deveres, como também definição de seus atos contínuos de atuação no mercado.

2.4.2 Economicidade (gestão)

A economicidade é definida como a forma que a atividade é exercida, ou seja, a sequências de atos praticados que devem ser gerenciados para criação de “novas utilidades, novas riquezas, afastando-se as atividades de mero gozo”¹⁶⁸. Então seria a gestão de uma atividade econômica, tendo “um conjunto de bens organizados para a realização do objeto social e assim a produção de lucro”¹⁶⁹.

Podemos simplificar economicidade como a gestão dos seus bens de produção para a obtenção de novas riquezas, citando a situação da indústria que transforma uma matéria prima em um novo produto e o colocando no mercado, ou até mesmo, a circulação desse novo produto por diversos comerciantes, o que ocasiona o aumento do valor deste, porém ainda com o direcionamento ao mercado.

De igual modo, ocorre com as Organizações Sem Fins Lucrativos, por também gerenciar sua atividade com o objetivo de novas riquezas, para o coletivo, sendo ele um grupo de pessoas específicas ou a sociedade como um todo, pois

No Brasil, algumas associações civis com fins econômicos, como clubes de futebol, hospitais e Santas Casas de Misericórdia e instituições de ensino,

¹⁶⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 140.

¹⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 68.

¹⁶⁹ MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 29.

são verdadeiras colunas que sustentam a riqueza produzida em importantes setores da economia e sendo elas responsáveis pelo emprego de cidadãos.¹⁷⁰

Em relatório anexado à petição inicial do processo de recuperação da Universidade Cândido Mendes, o Professor Sérgio Campinho demonstra que:

A Consulente e o Instituto Cândido Mendes são associações com fins econômicos. Caracterizam-se por exercerem atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas – economicidade –, mas sem o ânimo de partilhar lucros entre os associados, aplicando-se todo o resultado nos fins das próprias entidades. São, assim como os empresários (empresário individuais e sociedades empresárias), agentes econômicos.¹⁷¹

Por último, a economicidade estaria conectada com a lucratividade da atividade, pela forma como Francesco Galgano defende que “economicidade envolve a idoneidade abstrata da atividade em cobrir os próprios custos”¹⁷².

Desta maneira, José Barros explica que a empresa teria uma função econômica com **“objetivo eventual de circulação de riquezas e aquisição de lucros; lucro como meio, por não ser o objetivo da empresa, mas do empresário, que nem sempre o efetiva, pois o objetivo de lucro é elemento da empresa, mas o lucro em si, não,”**¹⁷³

Mariana Costa, Thiago Spercel e Haroldo Malheiros fazem o questionamento no âmbito da lucratividade.

Ocorre que muitas vezes esses agentes econômicos organizam-se como empresas, organizando fatores de produção e colocando bens e serviços no mercado. Como ficaria a situação de alguns hospitais beneficentes, entidades de ensino sem finalidade lucrativa ou clubes de futebol que adotam a roupagem jurídica de associações sem fins lucrativos, mas na verdade são verdadeiras empresas do ponto de vista econômico, buscam o superávit,

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Cândido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

¹⁷¹ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 21.

¹⁷² GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. 3. ed. Padova: GEDAM, 1999. p. 24, *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2019. p. 73.

¹⁷³ CORREIA JÚNIOR, José Barros. (Re)personalização do Direito Empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 99-122, set./dez. 2012.

sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, ainda que não repartam o lucro entre os sócios?¹⁷⁴

Nesse sentido, as sociedades empresárias e as organizações sem fins lucrativos não se diferem pois ambas possuem a necessidade de saberem gerenciar suas atividades para possuírem bons resultados, logo a permitir a sua continuidade no mercado e terem um bom caixa, de maneira viável e sem prejuízo, levantando a lógica da atividade empresarial ter uma finalidade econômica, que é naturalmente resumida em lucratividade.

Contudo, a intenção de lucro, não pode ser utilizada como divisor de águas entre os dois agentes ou como único argumento de impossibilidade de enquadramento, pois o lucro está presente tão presente na sociedade empresarial quanto na OSFL, mas com uma pequena distinção que será melhor explicada no próximo subtópico.

2.5.3 Finalidade

Primeiramente, é importante ressaltar que a atividade empresarial está vinculada ao Código Civil, sendo necessário que sua atividade se enquadre nos requisitos de validade: agente capaz, objeto lícito, possível e determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Sendo assim, Mamede expõe:

“Não há empresa se a atividade é ilícita, impossível ou indeterminada ou indeterminável; proibido o jogo, um cassino não é empresa. não é empresa a organização constituída com forma e objeto lícitos, mas por motivação ilícita (artigo 166, II, CC) ou com a finalidade de fraudar a lei (artigo 166, VI, CC)”. Exemplifica-o a constituição de empresa de serviços hoteleiros que serve de fachada para a prática de rufianismo ou pedofilia.¹⁷⁵

Com isso, a finalidade da atividade empresarial pode ser dividida em três: produção, circulação ou serviços. Sendo que: “a Produção seria a transformação da matéria prima; Circulação a negociação de bens e Serviços a atividade em favor de terceiros apta a satisfazer uma necessidade qualquer, desde que não consista na simples troca de bem.”¹⁷⁶ Esses pontos

¹⁷⁴ COSTA, Mariana; SPERCEL, Thiago; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Associações sem fins lucrativos podem falir e pedir recuperação judicial? O recente caso da universidade cândido mendes.** Migalhas. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/19C6F871BFC1C7_Associacoessemfinslucrativospo.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

¹⁷⁵ MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 30.

¹⁷⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Emperarial.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 69.

podem ser usados de forma conjunta ou separada, no entanto é essencial que pelo um deles esteja presente para a caracterização da atividade econômica empresarial.

Geralmente, quando se pensa em atividade empresarial a finalidade econômica é o primeiro pensamento a ser passar em nossas cabeças, pois as sociedades empresariais são vistas como agentes econômicos e por isso devem sempre visar o lucro.

Nesse sentido, muitos incluem o lucro como uma característica essencial das sociedades empresárias, porém esse pensamento é equivocado, pois o objetivo da produção do lucro pode ser diversa, mesmo não podendo negar que ela estará presente, todavia não será de extrema importância para fazer a diferenciação, pois:

[...] a delimitação da condição de empresa é dada à luz do nosso sistema jurídico vigente, o **qual não pode mais exigir o escopo lucrativo como requisito para se enquadrar determinada sociedade como empresarial**, sobretudo diante das relevantes transformações ocorridas na estrutura socioeconômica. Mas, por outro lado, identificar o empresário como mero sucessor do comerciante é asserção que se revela impregnada de um apego histórico injustificado que acaba por escamotear as profundas transformações ocorridas na estrutura socioeconômica e, por via de consequência, jurídica, do que decorre manifesto prejuízo para a compreensão do atual significado do direito da empresa. Com efeito, o direito comercial, guiado pelo avanço capitalista, criou novas realidades não explicadas juridicamente pelas categorias tradicionais do direito, pondo em destaque, assim, as transformações socioeconômicas, que foram apreendidas por diversos ramos do direito que, ao se desenvolverem, acabaram por colocar em xeque a própria existência do direito comercial.¹⁷⁷

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa apresenta a situação de escolas ou universidades religiosas, onde ocorre o lucro, mas terá uma finalidade diversa, pois:

Religiosos podem prestar serviços educacionais (numa escola ou universidade) sem visar especificamente o lucro. É evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem alguma lucratividade e, por isso, o valor total das mensalidades deve superar o das despesas também nesses estabelecimentos educacionais. Mas a escola ou universidade religiosas podem ter objetivos não lucrativos, como a difusão de valores ou criação de postos de emprego para os seus sacerdotes. Neste caso, o lucro é meio e não fim da atividade econômica.¹⁷⁸

¹⁷⁷ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 828, p. 43-78, out. 2004. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35370>. Acesso em: 10 set. 2021.

¹⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 16.

Desta forma, as sociedades empresariais são agentes econômicos, assim como as organizações sem fins lucrativos, pois ambas tem lucro e movimentam o mercado em que se encontram, sendo a sua única diferenciação a destinação desse lucro, pois é mais comum nas sociedades empresariais o lucro ser distribuído entre os sócios de acordo com a sua quota social e nas organizações, o lucro é reinvestido na própria atividade.

Isto posto, podemos dizer uma grande diferença entre os dois institutos é de que de maneira predominante, a OSFL deve ser ter como objetivo de colocar “serviços, atividades e conhecimentos em prol de um mesmo ideal, objetivando a consecução de determinado fim, com ou sem capital e sem intuítos lucrativos”¹⁷⁹.

José Eduardo Sabo explica que:

[...] tem-se associação quando não há fim lucrativo ou intenção de distribuir o resultado, embora tenha patrimônio formado por contribuições de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais etc. A associação não se desnaturaliza mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, contudo, não pode proporcionar ganhos aos associados, por exemplo, associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade.¹⁸⁰

Henrique Pipolo completa:

Há uma grande parcela de associações que possuem, como atividade principal, a produção ou circulação de bens ou de serviços e que vem, efetivamente, concorrendo com as atividades desenvolvidas por sociedades empresariais, em verdadeira competição.¹⁸¹

Por fim, desde que a OSFL utilize uma das três formas de finalidade, como também deve ser lícita, não importa como ela irá utilizar o lucro, pois não deixará de exercer uma atividade empresarial e, conseqüentemente, de ser um agente econômico

¹⁷⁹ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 9.

¹⁸⁰ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

¹⁸¹ PIPOLO, Henrique Afonso. A Recuperação Judicial das associações - pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômico - uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista Jurídica da UniFil**, Paraná, v. 11, n. 11, nov. 2018. p. 25.

2.5.4 Organização

Antes de apresentar a definição de organização, seria interessante discorrer sobre o conceito tradicional do comerciante até a figura moderna de sociedade empresária.

Antigamente, o comerciante surge numa economia que era “fundada na produção e posteriormente na troca”¹⁸², sendo ele o agente intermediário que “buscava os produtos nos núcleos familiares e efetivava o escambo”¹⁸³.

Antes o que era autossuficiente se expande para novas práticas comerciais por conta da evolução do comércio marítimo, acarretando o surgimento das Corporações de ofício, significando na ampliação do capitalismo, ou seja, “com a venda ocorria a divisão dos lucros entre produtor e intermediador (comerciante)”¹⁸⁴. Essas entidades regulamentavam as relações econômicas e profissionais, sendo bastante restrito a definição de comerciante.

Com o passar dos anos, veio o Código Napoleônico de 1807 que abrangeu essa definição, no qual “a qualificação de comerciante não tinha mais sua importância como sujeito da ação, mas na prática de atos denominados comerciais”¹⁸⁵. Finalmente, com a aplicação da Teoria da Empresa, retira a imagem do comerciante para “colocar o direito comercial no fulcro da organização da atividade econômica”¹⁸⁶.

Por conseguinte, Sérgio Campinho ao elucidar essa evolução do comerciante para empresário, demonstrando que:

[...] o empresário não se mostra como simples versão moderna do comerciante. O seu conceito nos conduz a uma visão de maior amplitude, para um alargamento de horizontes, com o fito de impor uma nova leitura para aqueles que exercem profissionalmente uma atividade econômica organizada, colocando-os sob um regramento único.

¹⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 3.

¹⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 3.

¹⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 3.

¹⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 3.

¹⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 4.

Destarte, o empresário encampa não só o tradicional comerciante, modernamente chamado pela doutrina de empresário comercial, já na trilha da construção do direito de empresa, mas também algumas das espécies de empresários civis, que exercem atividade econômica.¹⁸⁷

Nota-se, todavia, que a atividade de “empreender” necessariamente não será atividade de “empresa”. Isto porque a conduta de “empreender” está presente também, por exemplo, nas sociedades simples, as quais não possuem elemento de empresa, como na sequência se demonstra ao falar da personalidade.

Dito isso, a caracterização da sociedade empresária está nos atos praticados por esse empresário coletivo, no qual um desses atos se agrega com a organização da atividade empresarial, que pode ser definida como “a colocação dos meios necessários, coordenados entre si, para a realização de determinado fim.”¹⁸⁸

Sendo assim, “cabe ao sujeito da atividade congregar os bens necessários ao seu desenvolvimento. O empresário deve organizar os diversos fatores de produção para o exercício da empresa”¹⁸⁹. Compreende como fatores de produção “o trabalho, a tecnologia, os insumos e o capital, próprios ou alheios”¹⁹⁰, por isso podemos dizer que:

[...] o Empresário representa o aparato produtivo que coordena os meios de produção (PAOLUCCI, 2008, p. 5) por meio da reunião de quatro fatores de produção: capital, mão de obra, tecnologia e insumos. Assim, o empresário se vale do trabalho de outras pessoas, capitaliza-se com recursos próprios ou de terceiros e com esse capital e trabalho busca um fim produtivo, com intuito de lucro. Sem essa organização, a atividade econômica não será considerada profissional e, portanto, não será abrangida pelo direito empresarial.¹⁹¹

Em síntese, seria “uma preocupação em usar os melhores recursos para que o negócio dê certo”¹⁹². Nesse sentido, as OSFL possuem essa mesma característica, pois ainda

¹⁸⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 17.

¹⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 66.

¹⁸⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 24.

¹⁹⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 31.

¹⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020. p. 21.

¹⁹² VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 30.

será necessário “organizar os fatores de produção, como contratação de mão-de-obra, gerenciar insumos, tecnologia e capital”¹⁹³.

Nas Associações, a organização estaria evidenciado no planejamento, sendo ele “um processo desenvolvido por uma entidade, tendo por objetivo alcançar uma situação desejada, de um modo mais eficiente e consistente”¹⁹⁴ e é por esse mecanismo que “a instituição estabelece quais as providências que serão tomadas pelo administrador, quando o futuro tende a ser diferente do passado”¹⁹⁵.

José Eduardo Sabo explica que:

O planejamento é um processo contínuo e exige que o processo decisório ocorra antes, durante e depois de sua elaboração e implementação. A atividade de planejar, pela sua própria essência, resulta de decisões presentes, tomadas a partir do estudo do efeito que essas decisões produziram no futuro.¹⁹⁶

A Universidade Cândido Mendes demonstra a organização desses fatores de produção, ao gerenciar:

[...] os interesses de 705 (setecentos e cinco) professores, de mais de 12 (doze) mil alunos nas modalidades presencial e à distância, de 671 (seiscentos e setenta e um) empregados dos setores administrativos, fornecedores, pesquisadores, parceiros comerciais e todas as comunidades afetadas e beneficiadas por sua atuação.¹⁹⁷

Caio Mário Pereira traz que:

¹⁹³ PIPOLO, Henrique Afonso. A Recuperação Judicial das associações - pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômico - uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista Jurídica da UniFil**, Paraná, v. 11, n. 11, nov. 2018. p. 6.

¹⁹⁴ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 437.

¹⁹⁵ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 437.

¹⁹⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 437.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Cândido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

A circunstância de uma associação eventualmente realizar negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem todavia, proporcionar ganhos aos associados não a desnatura, sendo comum a existência de entidades recreativas que mantêm serviço de venda de refeições aos associados, de cooperativas que fornecem gêneros alimentícios e conveniências a seus integrantes, bem como agremiações esportivas que vendem uniformes, bolas etc. aos seus componentes.¹⁹⁸

Um ponto interessante dentro da organização da atividade empresarial é a personalidade, no sentido de que ela seria traduzida como confiança ou o exercício direito do sócio na atividade empresarial.

Esse elemento é utilizado como uma forma de distinguir uma sociedade empresária da simples, pois em regra, na sociedade empresarial, o sócio faz a gerência dos meios econômicos, humanos e financeiros, mas não exerce de forma significativa a atividade empresarial.

Ao contrário da sociedade simples, no qual o sócio está presente, tendo grande influência na própria atividade, isso quer dizer, que a atuação do sócio é determinante para a atividade, caracterizando a confiança.

Elisabete Vido, explica essa diferenciação:

Quando o mais importante no exercício da atividade econômica é a personalidade, confiança, ela deixa de ser empresarial. É o que acontece, por exemplo, com a atividade exercida pelo advogado; mesmo que este tenha funcionários e seja profissional, a escolha realizada pelo cliente é baseada na confiança, e não na organização; logo, a atividade, neste caso, não é empresarial.

Da mesma forma o médico, que, ao exercer sua atividade num consultório, mesmo que possua uma secretária ou outro funcionário, não tem como principal preocupação a organização dessa atividade, e sim a personalidade, a relação direito com o seu paciente. No entanto, se num dado momento o seu consultório for crescendo e esse profissional pensa em montar uma clínica ortopédica, por exemplo, contratando outros médicos, auxiliares, comprando máquinas e empregando funcionários que possam comandá-las, a personalidade vai diminuindo e a organização vai aumentando. Daí que nessa clínica médica, se houver organização passaria a ser empresarial.¹⁹⁹

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. p. 215, *apud* GONÇALVES, GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240.

¹⁹⁹ VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 30.

A vista disso, a personalidade pode existir nas duas formas de sociedade, porém ela não pode ser determinante na sociedade empresária, já que acarretaria na perda do elemento de empresa. Portanto, o mesmo deve ser aplicado nas organizações sem fins lucrativos, no sentido da personalidade não ser relevante no exercício da atividade empresarial, quando ela não for predominante.

2.5.5 Direcionamento ao mercado

Uma atividade ser direcionada ao mercado significa que não pode “cultivar ou fabricar para consumo próprio”²⁰⁰, sendo assim, o destinatário final do produto deve ser diverso do titular da atividade.

Ascarelli explica que:

A produção e a troca não devem, entretanto, estar destinados necessariamente ao mercado geral; pode ser suficiente sua destinação a um âmbito restrito (sempre que não seja familiar) ou só uma pessoa determinada (como para uma atividade consistente em produtos reservados exclusivamente a um só adquirente) ou um mercado predeterminado, como sucede para uma cooperativa de consumo (expressamente definida, como empresa no Código) que se define exclusivamente à aquisição de gêneros para os cooperados.²⁰¹

Nesse sentido, todos os atos praticados pela sociedade empresária são para que o mercado ou consumidor receba o seu produto. Concepção semelhante se aplica ao direcionamento da OSFL, uma vez que por se caracterizarem com o “interesse social indispensável é que ela exerça, por meio de seus objetivos, missão de relevância para a sociedade como um todo.”²⁰²

Ou seja, sua atividade é direcionada para o benefício da sociedade, uma figura totalmente distinta do sujeito ativo das ações. No exemplo da Universidade Cândido Mendes,

²⁰⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 70.

²⁰¹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 72.

²⁰² PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 13.

a prestação de serviços educacionais está sendo direcionada principalmente aos seus alunos, sendo eles os destinatários finais e está cumprindo a função social estipulada no estatuto, educação.

Desta forma podemos fazer uma analogia, no sentido que presente o elemento de direcionamento ao mercado na OSFL quando a mesma estiver cumprindo com a sua função social, ou seja, está realizando os interesses sociais que levaram a sua constituição.

Pode ser observado mediante a Avaliação de Impactos Sociais, no qual possui uma metodologia de avaliação baseada em três aspectos: o financeiro, o econômico e o social. Essa avaliação permite “às instituições demonstrar como estão sendo aplicados os recursos (eficiência) e que resultados estão sendo alcançados (eficácia), dando assim transparência às ações sociais”²⁰³.

O ponto importante dessa avaliação é da análise social, no qual “o objetivo é permitir a mensuração do efeito transformador na sociedade e nas comunidades atendidas.”²⁰⁴. Sendo assim, seria possível a verificação do cumprimento do interesse social e conseqüentemente a concretização do elemento do direcionamento ao mercado, já que é essencial da OSFL concentrar suas atividades a terceiros.

2.5.6 Quadro Comparativo - Sociedade Empresária x Organização Sem Fins Lucrativos

Quadro Comparativo - Sociedade Empresária x OSFL		
	OSFL	Sociedade Empresária
Objeto social	Interesse dos associados ou finalidade de interesse social. Por exemplo, mediante a prestação de serviços educacionais e de saúde.	Vinculado à capacitação e finalidade da sociedade. Por exemplo, mediante a fabricação e comercialização de bens e serviços. Por exemplo, a atividade exercida por instituições financeiras e Bancos.
Ato Constitutivo	Estatuto	Contrato Social ou Estatuto Social, a depender da modalidade societária.

²⁰³ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 440.

²⁰⁴ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 440.

Local de Registro do Ato Constitutivo	Registro Civil de Pessoas Jurídicas (Cartório) (Lei 6.015, de 31/12/73, art. 114, I.	Registro Público de Empresa Mercantil (Junta Comercial)
Aquisição de Personalidade Jurídica	Mediante o depósito do ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (Cartório)	Mediante o depósito do ato constitutivo no Registro Público de Empresa Mercantil (Junta Comercial)
Objetivo de lucro	Está presente, no entanto, os valores obtidos são aplicados no desenvolvimento da própria sociedade.	Está presente, de modo natural, e os valores obtidos são distribuídos entre os sócios, como também no desenvolvimento da própria sociedade.
Forma societária	Fundação ou Associação	Qualquer modalidade societária. Por exemplo, Sociedade Limitada e Sociedade Anônima, entre outras.
Responsabilidade do sócio	Não há responsabilidade para os associados, sendo comum a responsabilização somente no caso de abuso e poder do administrador, porém o STF no REsp 797.999 permitiu estender os efeitos desconsideração da personalidade jurídica da associação aos associados com poder de decisão.	Pode ser limitada ou ilimitada, a depender da modalidade societária utilizada.
Nome social	Denominação, conforme o art. 155, parágrafo único, Código Civil	Razão Social (Firma) ou Denominação, a depender da modalidade societária utilizada.
Tributação	A Constituição Federal prevê regra de imunidade tributária em seu art. 150, VI, “c”. ²⁰⁵	Não há previsão de imunidade ou isenção tributária específica.

²⁰⁵ Art. 150, CF/1988: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Atividade Profissional	Esta assume o risco em nome próprio por possuir personalidade jurídica e tem o monopólio de informações	Também assume o risco em nome próprio por possuir personalidade jurídica e tem o monopólio de informações
Gestão (Economicidade)	Produção de novas riqueza, gerando lucratividade, que neste caso será revestida na própria atividade	Produção de novas riqueza, gerando lucratividade que neste caso será, principalmente, distribuída entre os sócios,
Empreendedorismo	Está presente, pois caracteriza a organização da atividade para otimizar os recursos e atingir o objetivo	Está presente em todas as formas societárias, pois caracteriza a organização da atividade para otimizar os recursos e atingir o objetivo
Direcionamento ao mercado	Está presente já que a atividade exercida será direcionada para os associados ou em benefício da coletividade.	Está presente já que a atividade exercida para colocar os produtos e serviços no mercado, a disponibilidade do consumidor final.

Ademais, por uma inexistência de regulamentação no tocante à responsabilidade civil dos associados, José Eduardo traz que se aplica, por analogia, as regras do Código Civil e da Lei de Sociedades Anônimas para ser aplicada às associações, sendo a responsabilidade do administrador e não dos associados. No entanto, essa responsabilização somente ocorre nos casos de abusos, excessos ou violação de lei ou estatuto/contrato por parte do administrador.

A primeira forma de responsabilização seria a subjetiva, ou seja, devendo comprovar a culpa ou o dolo do administrador em prejudicar a associação, de acordo com o art.158, I, Lei

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

6.404/76. Também pode ocorrer a responsabilidade objetiva, e conseqüentemente não é necessário comprovar a culpa, nos casos de violação de lei ou estatuto, de acordo com o art.158, II, da mesma Lei e “não se admite como desculpas a alegação, por parte do administrador, de desconhecimento das normas legais e estatutárias”²⁰⁶.

Por último, a responsabilidade do administrador é individual, no entanto pode ocorrer de ser solidária “após uma possível má gestão dos recursos públicos, as entidades privadas, juntamente com seus atuais administradores, continuam a responder pelas decisões equivocadas tomadas anteriormente”²⁰⁷, conforme Súmula 286 do TCU e a explicação sobre o tema de Marianne Freire:

[...] tem-se compreendido que as entidades do Terceiro Setor bem como os dirigentes antecessores são responsáveis pelas ações e omissões das entidades privadas. Isso significa que, caso um ex-dirigente tenha utilizado inadequadamente um recurso federal, a atual gestão também é solidariamente responsável pelas impropriedades realizadas, pois quem existe para a Administração Pública federal é a entidade privada e não a pessoa que a representa. Está sendo reconhecido, portanto, como uma unidade indivisível, o que inviabiliza a realização de novas parcerias com o poder público²⁰⁸

Em síntese, está claro que as Organização Sem Fins Lucrativos são estruturadas como uma atividade empresarial, tendo distinções pontuais, por exemplo o direcionamento da atividade, seu local de registro, tributação entre outros.

Ressalta-se que são essas diferenças que permitem o exercício específicos das OSFL na área de interesse social, porém não são suficientes para negar a semelhança com a sociedade empresarial, e conseqüentemente, negar a ampliação da interpretação do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 e assim permitir o processamento da recuperação judicial

²⁰⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 410

²⁰⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.411

²⁰⁸ FREIRE, Marianne Feijó de Lima. **A responsabilidade das entidades privadas receptoras de recursos públicos**. In: PAES, José Eduardo Sabo (Coord.). Terceiro Setor e tributação 8. São Paulo: Elevação, 2016.

3 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: JURISPRUDÊNCIA

Neste tópico iremos apresentar três julgados que seguem a linha de pensamento defendida por este trabalho, com análise fundamentada do fato concreto de que uma Sociedade Sem Fins lucrativos estruturada como sociedade empresária pode sim requerer Recuperação Judicial.

Uma coincidência interessante é que das jurisprudências selecionadas, a da Casa de Portugal teve sua decisão proferida no ano de 2006, sendo esta bem recente se comparada com a Lei nº 11.101/2005 que entrou em vigência em 2005, evidenciando que desde o início abriu portas para a discussão do tema, porém, infelizmente, não sendo aprofundada pela jurisprudência nem pela doutrina.

3.1 Caso da Universidade Cândido Mendes

O primeiro caso é o da Universidade Cândido Mendes do Estado do Rio de Janeiro, no qual foi concedido a Recuperação Judicial pelo Juiz de Direito da 05ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 13 de maio de 2020. Vale ressaltar que a presente decisão foi utilizada como inspiração e principal fundamentação do trabalho.

O primeiro ponto destacado pela decisão é a função social da universidade, no qual o juiz elenca a importância daquele sujeito na comunidade em que está inserida.

(...) Trata-se de entidade de incontestável relevância social, por sua dedicação ao ensino e à educação, formadora de cidadãos, veículo de transformações sociais, que, dentro de seu escopo institucional, atua com responsabilidade social, através da concessão de bolsas de estudo, cursos gratuitos, etc., em autêntico exercício de inclusão social.²⁰⁹

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (5. Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro). Decisão Interlocutória. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Autor: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Outros. Administrador Judicial: Grant Thorton Mediação e Recuperações. Juiz de Direito: Dr. Leonardo Alves Barroso. Rio de Janeiro, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/285270824/processo-n-0093754-9020208190001-da-5-vara-empresarial-do-trf-2>. Acesso em: 03 ago. 2021.

Em seguida, a decisão passa a analisar exatamente a lacuna da Lei em relação a instituição de ensino, pois no caso concreto não é considerado como empresário e por outro lado não há vedação legal expressa, sendo assim, o juiz exclui na sua primeira análise a ilegitimidade direta da Universidade que derivaria do artigo 2º da Lei.

O art. 1º da Lei nº 11.101/2005, se refere à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária, e que o art. 2º, nos seus incisos I e II, expressamente exclui da abrangência da lei as entidades que elenca, entre as quais não consta associação de ensino. Assim, **a menos que se estenda à associação civil de ensino a proibição genérica oriunda da sua não inclusão no art. 1º, é forçoso concluir não existir na lei vedação ao deferimento de recuperação judicial às instituições ora requerentes.**

Com isso, ao passar para a segunda análise, o juiz faz uma exame do âmbito econômico do direito, no qual sustenta que para ocorrer a aplicação do ordenamento jurídico deve ser atentar para os fins sociais e exigências do bem comum, "resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a razoabilidade e a eficiência, tal como preconiza o art. 8º do Código de Processo Cível."²¹⁰

O juiz segue o pensamento com o fundamento de ampliar a interpretação do artigo 1ª, com base no princípio da preservação da empresa, tendo como parâmetro o relatório do Manoel Bezerra Filho, onde ele explica que:

[...] o princípio do art. 47 é a preservação do '...devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.'²¹¹

O destaque dessa interpretação está na ausência de “sociedade empresária”, com a qual justificaria a limitação do princípio somente aos sujeitos citados no artigo 1ª da Lei,

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (5. Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro). Decisão Interlocutória. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Autor: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Outros. Administrador Judicial: Grant Thorton Meadiação e Recuperações. Juiz de Direito: Dr. Leonardo Alves Barroso. Rio de Janeiro, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/285270824/processo-n-0093754-9020208190001-da-5-vara-empresarial-do-trf-2>. Acesso em: 03 ago. 2021.

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (5. Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro). Decisão Interlocutória. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Autor: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Outros. Administrador Judicial: Grant Thorton Meadiação e Recuperações. Juiz de Direito: Dr. Leonardo Alves Barroso. Rio de Janeiro, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/285270824/processo-n-0093754-9020208190001-da-5-vara-empresarial-do-trf-2>. Acesso em: 03 ago. 2021.

porém isso não acontece no artigo 47, onde somente é apresentado a nomenclatura “fonte produtora”, que permite a ampliação da interpretação, pois fonte produtora é aquela atividade da qual decorre a produção de algum bem de valor no mercado.

Por isso que o juiz acredita que a feição empresarial da pessoa jurídica não fica restrita à mera natureza jurídica do agente econômico, como por exemplo um “cara crachá”. Desta forma, o juiz deferiu a Recuperação Judicial, por entender que a Universidade exercia função social de atividade econômica, com características de sociedade empresária.

Com o deferimento da Recuperação, o Ministério Público interpôs agravo de instrumento alegando o caráter filantrópico, beneficente e não lucrativo da universidade, não tendo assim o seu enquadramento no artigo 1ª da Lei nº 11.101/2005, por não constituírem sociedades empresárias e tampouco estarem inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis.

O recurso julgado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo nº0031515-53.2020.8.19.0000, deu parcial provimento ao recurso, com voto vencido, mantendo a decisão de deferimento da recuperação judicial, porém acatou o pedido de mudança do administrador para quem se encontra cadastrado no sistema disponibilizado aos juízes.

O relator começa o seu voto apresentando o mesmo argumento do juízo a quo da não expressa vedação da universidade de ser parte legítima do processo de recuperação judicial, alegando ainda que “não se pode dar interpretação extensiva à referida norma”, pois:

[...] a mera interpretação literal do disposto no inciso II do art. 52 da Lei federal nº 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial, no sentido de excluir as associações sem fins lucrativos, não pode subsistir em face da prevalência do direito fundamental da liberdade econômica, tão cara ao Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição da República de 5 de outubro de 1988.²¹²

²¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Ele ainda apresentou que o foco de toda essa análise não deveria ser na natureza jurídica do agente econômico, para classificá-lo como mercantil ou não, mas sim averiguar os impactos da atividade exercida, no âmbito cultural, econômico, social e educacional sob o critério da legalidade, disposto no artigo 8º, do Código de Processo Civil. Esse fundamento teve como base o direito fundamental da ordem econômica, no qual é:

[...] o direito de empresa de organizar os fatores de produção, em atividade lícita, o que não se submete a restrições sem razoabilidade do legislador ordinário que, declaradamente, na lei regente da espécie, incluiu ou excluiu outros agentes econômicos.

O relator apresenta que conforme o entendimento do Fábio Ulhoa Coelho, de forma geral, a recuperação judicial somente deve ser utilizada para empresas viáveis, e quem faz essa análise, de uma empresa ser viável ou não, é o Poder Judiciário que:

[...] em função de vetores como a importância social, a mão-de-obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e passivo, o tempo de existência da empresa e seu porte econômico.²¹³

Por isso, como comprovado durante o processo, a universidade, mesmo sendo registrado como associação civil de ensino, em tese, poderia ser enquadradas no art.966, CC, pois como disposto pelo Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, a universidade e sua mantenedora:

[...] exerçam atividade empresarial de forma profissional, organizada e coordenada, como é o caso das agravadas, que prestam serviços educacionais há muitas décadas, gerando inúmeros empregos, arrecadação e oportunidades para milhares de alunos, muitos favorecidos por bolsas de ensino, com inquestionável função social.²¹⁴

²¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 370.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Um ponto interessante levantado pelo mesmo desembargador, sobre a questão da associação ser classificada como sem fins lucrativos. Ele argumenta que a intenção de lucro não deve ser automaticamente associada como atividade econômica, desta forma a mesma:

[...] deve ser compreendida como atividade produtiva. Tanto é que “o foco de regulação da LREF não é o sujeito, isto é, o empresário individual ou a sociedade empresária (ou o seu controlador), mas sim os fatores de produção devidamente organizados para o exercício da atividade empresária.”²¹⁵

Primeiro deve ser esclarecido que a terminologia “sem fins econômicos” é errônea, pois “toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividade econômica, o que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa”²¹⁶, conforme traz o Carlos Roberto Gonçalves. Sendo assim, elas podem exercer atividade econômica, porém não pode haver a distribuição de seus lucros entre os seus sócios, portanto podem sim ter produtividade, mas não lucratividade e que isso não as excluem de serem atividades econômicas. Essa tese é manifestada no Enunciado 534, da IV Jornada de Direito Civil, no qual “as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”.

O último ponto abordado foi a questão do registro, que como já foi apresentado durante o presente trabalho, não possui uma efeito constitutivo, mas sim declarativo, dado que a “existência da atividade empresária não deve ser considerada tão somente pelo aspecto formal, mas fático”. Desta forma, tendo o seu arquivamento no cartório de registro Civil das Pessoas Jurídicas e não na Junta Comercial, não altera a situação fática já comprovada que a universidade exerce uma atividade empresária e por isso não seria argumento suficiente para impedir o pedido de recuperação, já que mesmo com:

[...] uma eventual irregularidade no registro dos atos constitutivos de uma sociedade empresária não afastaria sua legitimidade para pleitear a recuperação judicial. Uma organização empresarial é definida mais pela atividade exercida do que pelas regras de seus atos constitutivos, salvo no

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²¹⁶ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240.

que for incompatível com a sua condição ou diante de expressa disposição em sentido contrário.²¹⁷

O mesmo é defendido pelo relator, esclarecendo que a falta do registro na Junta Comercial não pode ser obstáculo para o deferimento da recuperação judicial, visto que “apenas refletem a forma de sua organização jurídica”. Ademais, o voto vencido da Desembargadora Teresa de Andrade, destaca que a Lei nº 11.101/2005 é excepcional por um dos seus efeitos ser a suspensão de pagamento, como por exemplo, a suspensão das ações de execução, e que a regra é o cumprimento do que foi pactuado no contrato (pacta sunt servanda), sendo assim, a interpretação dos seus artigos deveria ser restritiva. E por isso, o rol do art. 1ª é taxativo. Já sobre o art. 2º, a desembargadora traz que:

A exclusão contida no seu artigo 2, se dá para sociedades que apesar de serem empresárias, estarem registradas na Junta Comercial, não poderem se valer dos benefícios desta lei. Portanto, o art. 2 vem a restringir ainda mais o escopo do art. 1º.²¹⁸

Ela dá ênfase dentro desse argumento ao explicar o conceito de empresário e sociedade empresária, no qual a lucratividade seria sim um ponto importante a ser considerado:

[...] ser empresário é exercer profissionalmente a atividade empresária fazendo a circulação de bens e serviços, com a intenção de lucro. Assim, como a recuperação de empresas se dá para empresários, fica desde logo excluída a associação civil sem fins lucrativos.²¹⁹

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em:

Já sobre o ponto do registro, a Desembargadora Teresa de Andrade aborda a importância do arquivamento na Junta comercial, pois é um dos requisitos da recuperação judicial, conforme art.51, V, da Lei nº 11.101/2005 e, juntamente, traz os seus efeitos tributários, que possuem uma grande relevância, pois:

[...] Não se trata de mero entrave burocrático a exigência da inscrição na Junta Comercial. Esta inscrição cria direitos e deveres. A ausência de se revestir na forma de sociedade empresária, foi uma opção que a Cândido Mendes adotou o formato de associação civil. Opção esta que lhe gerou inúmeros benefícios, em especial os fiscais, já que é entidade de ensino sem fins lucrativos. O dever de conferir bolsas de estudos para obtenção da isenção de tributos não retira o fato de estar se beneficiando de situação excepcional, não pagamento de impostos.”²²⁰

Para finalizar o voto, a desembargadora admite que a atual regra de insolvência civil não está atendendo as necessidades da atual sociedade, em questão de celeridade e importância do crédito, já que são regras do CPC/73, no entanto não deveria o Poder Judiciário ser responsável por essa mudança, mas sim o Congresso Nacional, já que é de sua função legislar.

Diante disso, houve o voto em favor do deferimento do agravo de instrumento e, conseqüentemente, extinguir a recuperação judicial, sob o fundamento:

[...] para não gerar situação de extrema primazia para Associação Civil que já possui inúmeros privilégios, seja, porque ela está sujeita a insolvência civil, seja ainda, porque poderia e pode adotar a forma de sociedade empresária, mas preferiu não fazê-lo, e principalmente, porque a Lei no 11.101/2005, não lhe contempla [...].²²¹

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Isto posto, essa jurisprudência foi a mais interessante de ser estudada para o presente trabalho, pois eles focaram em analisar os efeitos que a Universidade tinha no âmbito social, econômico e educacional, que é justamente a essência do Princípio da Preservação da Empresa.

3.2 Caso da Casa de Portugal

O segundo caso apresentado é o da Casa de Portugal, que tramitou na 04ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, pelo número de processo 0060517-56.2006.8.19.0001, no qual em 14/06/2006 foi deferido a recuperação judicial, e o seu encerramento decretado em 22/07/2015. Esse caso foi utilizado como fundamentação inicial de jurisprudência na petição inicial da Universidade Cândido Mendes.

Durante o processo, houve a interposição de um Agravo de Instrumento nº2007.002.00150, pelo Ministério Público, no ano de 2007, questionando novamente a aplicabilidade da Lei nº 11.101/2005 à Sociedades Sem Fins Lucrativos.

[...] Alega o agravante ser a agravada entidade filantrópica, não estando no âmbito de incidência da Lei de Recuperação da Empresa. Alega aplicabilidade do sistema da insolvência civil, porque o estatuto social da agravada estabelece seu caráter filantrópico, beneficente, não lucrativo. Alega que o registro dos atos constitutivos da agravada foi efetuado no Cartório do Registro Civil de Pessoas Jurídicas e não no Registro Público de Empresas Mercantis. Sustenta que o referido registro constitui requisito da petição inicial de recuperação judicial e que o Código Tributário Nacional impede concessão de recuperação judicial sem a apresentação das certidões negativas dos débitos tributários pelo devedor (fls. 02/09).²²²

Neste Agravo de instrumento, o relator deu provimento ao recurso, ocasionando no “cancelamento” da recuperação judicial que já tinha sido aprovada pela Assembleia de Credores em 11/12/2006 e que estava apresentando resultados positivos, mesmo tendo pouco tempo de cumprimento, conforme próprio parecer do Ministério Público.

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

[...] no pouco tempo desde o deferimento do processamento da recuperação judicial, em 14.06.2006 (fls. 1026), cuja decisão foi publicada em 07.08.2006 (fls. 1489), a recuperanda já apresenta considerável incremento de suas receitas, mais do que quintuplicadas. A projeção do fluxo de caixa apresentada no plano de recuperação a fls. 1599 está sendo praticamente alcançada, conforme atesta o documento de fls. 2800, demonstrando total viabilidade da atividade econômica exercida, com a superação da crise econômico-financeira.²²³

A Casa de Portugal interpôs Recurso Especial ao STJ, alegando preclusão da decisão e violação do princípio da razoabilidade, defendendo a teoria do fato consumado. Dentro do primeiro ponto apresentado, a preclusão, que foi rejeitada pelo relator, o Ministro Fernando Gonçalves, com a justificativa de que a maior questão do recurso é a sua legitimidade ou ilegitimidade de compor o polo ativo da recuperação, o que acaba sendo condição da ação que é considerado matéria de ordem pública, sendo assim, pode ser alegado em qualquer momento do processo. Por isso, a matéria poderia sim ser recorrida.

No entanto, o relator utiliza a Súmula 7, STJ, como fundamentação para não adentrar na discussão da legitimidade para o requerimento da recuperação judicial, pois isso entraria no âmbito das provas, o que não pode ocorrer nessa fase processual.

Acolher a argumentação da requerente, no sentido de que a realidade fática demonstra que com o incremento de suas atividades teria abandonado a condição de associação sem fins lucrativos para se constituir em sociedade empresária, é questão que refoge ao âmbito do recurso especial, face a necessidade de incursão no conjunto probatório que encerra, o que atrai o óbice da súmula 07/STJ.²²⁴

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

De forma rápida, o relator já nega a necessidade do registro, que foi fundamento de ambas as partes, sobre a questão do registro ter sido feita no Cartório do Registro Civil de Pessoas Jurídicas e não no Registro Público de Empresas Mercantis.

[...] O que está em debate é a qualidade de empresária da recorrente quando da apresentação do pedido de recuperação e não a regularidade de seus atos constitutivos, os quais apenas refletem a forma de sua organização jurídica.
225

Por último, analisa-se eventual violação do princípio da razoabilidade com a teoria do fato consumado, pois como alegado pela recorrente “as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.”²²⁶

Neste ponto, o relator faz um adentro a função social e traz o princípio da preservação da empresa, reconhecendo que houve a consumação do fato, pois a recuperação estava em andamento e demonstrava resultados positivos, não fazendo sentindo em retroagir todos os passos já dados, sendo que a recorrente é um hospital, um asilo e um colégio, que emprega por volta de seiscentas pessoas, “disponibiliza à sociedade carioca mais de cem leitos, possui duzentos e setenta alunos matriculados, além de recolher impostos anualmente no montante de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais).”²²⁷

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do

[...] Nesta conformidade, lembrando ainda que a finalidade maior da recuperação judicial é a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, creio deva ser aplicada a teoria do fato consumado à espécie, sob pena de extinção da recorrente, entidade fundada há quase oitenta anos.²²⁸

Esse posicionamento foi apoiado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior.

No caso específico da recuperação judicial, não se poderia, depois, já na etapa posterior, anos depois de iniciado o processo, destruir-se toda aquela recuperação judicial que já vem sendo feita, talvez até com uma consequência pior do que se a própria falência tivesse sido decretada antes.

A se acolher, simplisticamente, a tese do recorrente, o Ministério Público que, aliás, nada obstará antes, fica sempre em aberto a possibilidade de ser desmantelado, indiscriminadamente, todo o processo de recuperação judicial numa segunda etapa.

Na verdade, prefiro acolher a preliminar, conjugadamente com a situação peculiar de fato consumado, para entender que, no processo de recuperação judicial, vencida a primeira etapa em que deferido o processo, sem que haja qualquer inconformismo das partes, não seria mais possível, salvo hipóteses excepcionabilíssimas, como fraude, aqui não encontradas, voltar atrás para se extinguir a recuperação, ao entendimento de que a sociedade não estaria abrangida pelo benefício da Lei no 11.101/05.²²⁹

Deste modo, o importante a ser destacado nessa jurisprudência é a utilização do registro da Casa Portugal em Cartório não descaracterizou o exercício da atividade empresarial. Juntamente com isso, foi utilizado o Princípio da Preservação da Empresa para

Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021. p. 15.

permitir a continuidade ao plano de recuperação pela demonstração dos efeitos positivos que este plano já estava demonstrando dentro da coletividade.

3.3 Hospital Evangélico da Bahia

A última jurisprudência apresentada neste trabalho é sobre o Hospital Evangélico da Bahia, uma pessoa jurídica de direito privado, registrada como associação civil sem fins lucrativos, sediada em Salvador/BA. O deferimento da recuperação judicial ocorreu no processo nº8074034-88.2020.8.05.0001, em 17/08/2020, pela 01ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A fundamentação do juiz foi bem sucinta, porém didática ao fundamentar a sua decisão mediante a evolução histórica do processo de recuperação judicial.

O direito comercial brasileiro passou por modificações legislativas até chegar na atual Lei nº 11.101/2005. Saiu do Decreto 917/1890, que instituiu o primeiro instrumento de recuperação, a concordata preventiva, para assim evitar a falência. Depois veio o Decreto 7.661/1945, que apresentou novas formas de dissolução e liquidação na falência. Esses dois decretos salientam a extinção do “sistema de cessação de pagamentos, que adotou o sistema de impontualidade e da enumeração legal, como vertentes da insolvência do devedor”²³⁰.

Este decreto durou 60 anos até a apresentação do projeto de lei que foi apresentado em 1993 ao Congresso Nacional e passou mais de 10 anos em tramitação, até ser aprovado em 2005, a atual lei de recuperação e falência.

O novo pergaminho legal trouxe como fundamento central, não mais a punição severa das empresas endividadas, mas o enaltecimento ao princípio da preservação da empresa, pautado na valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa.²³¹

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

O juiz destaca a necessidade do legislador de evoluir as normas para acompanhar as modificações da economia dos países em virtude da globalização e por motivo de inércia do mesmo em acompanhar essas alterações, o Judiciário se torna responsável pela aplicação de regras de interpretação necessárias nas leis existentes para equilibrar as relações na sociedade.

[...] no âmbito do tema específico ora tratado, é imperioso destacar que em meio a uma economia globalizada, e tendo em conta as peculiaridades de nosso País, a preparação do terreno para receber investimentos, traz em sua estrutura basilar três pilares: estabilidade econômica, política e segurança jurídica. A modernidade e os tempos atuais exigem dos poderes constituídos atenção especial ao tema, sob pena do Brasil "perder o bonde", e continuar patinando na via estreita do terceiro mundo, constituindo-se de uma nação rica, e ao mesmo tempo pobre, pois não sabe gerir suas riquezas, desprezando as oportunidades para dar a volta por cima e ingressar de vez no seleto ambiente dos Países desenvolvidos. Isso exige sacrifício, regras, dedicação, patriotismo”²³².

Com essa breve introdução, o juiz passa para a legitimidade do Hospital em requerer recuperação judicial, fazendo a já tão conhecida análise do artigo 1^a e 2^o da Lei n^o 11.101/2005. Primeiro há a descrição da associação sem fins lucrativos, no qual o juiz admite que a atividade no ramo hospitalar é considerada econômica e pode ser comparada como uma atividade empresaria, pois “coloca bens e serviços no mercado, buscando superávit, sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, onde a única diferença é que o "lucro" aferido é direcionado ao incremento da própria atividade, ou seja, não há divisão de lucros.”²³³

Em seguida, o juiz demonstra que o foco principal deve ser no art. 2^o da Lei, pois é um rol taxativo que “estabelece os excluídos, sem citar, por exemplo, as associações sem fins lucrativos”²³⁴.

²³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo n^o 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo n^o 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo n^o 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

É um indicativo clássico de omissão da norma, e que exige uma interpretação extensiva, sob pena de excluirmos da possibilidade de recuperação entidades que embora não se traduzam no conceito clássico de empresária, pratica atividade econômica só diferenciada pela não divisão de lucro.²³⁵

Com isso, há a comparação da jurisprudência do STJ em equiparar os empresários rurais ao art.966, CC, indagando que a requerente pode ser também equiparada e assim se enquadrando no art.1ª da Lei de Recuperação e Falência, se cumprindo os requisitos dos arts. 47, 48 e 51, da mesma Lei.

“[...] apesar de não ter se debruçado no caso específico de hospitais, já sinalizou uma vertente extensiva no caso de produtores rurais, que exercem atividade econômica idêntica à de empresários, inclusive com fins lucrativos., sendo muito valioso buscar refúgio no quanto preconizado pelo art. 966 do CC, que ao conceituar a figura do empresária, registra ser o que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, e, nesses termos, há similaridade quanto as atividades desenvolvidas pela Requerente.²³⁶

Esses requisitos foram alcançados e a sua comprovação foi feita por um relatório preliminar de aferição e constatação de dados contábeis e verificação de seu regular funcionamento, apresentado pela “pessoa jurídica BEHRMANN RÁTIS ADVOGADOS, cadastrado no rol de Administradores Judiciais desta Unidade, e com curriculum indicativo de vasto conhecimento e experiência no ramo”²³⁷.

[...] diante do aparente atendimento aos requisitos edificadas nos arts. 47, 48 e 51, com indicativo de possibilidade de superação da crise

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

econômico-financeira historiada da devedora, já que foi reconhecida sua legitimidade aos benefícios do instrumento da recuperação judicial.²³⁸

Desta forma, mais uma vez, outra pessoa jurídica considerada não empresária, de forma direta na lei, foi considerada como de natureza empresarial tivesse, por demonstrar o seu exercício de atividade empresária, haver suprido todos os requisitos do art.966, CC, sendo o exercício profissional de uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços no mercado.

3.4. Considerações Finais Sobre as Jurisprudências Apresentadas

Como foi possível ser observado, em todos os casos concretos trazidos o Poder Judiciário não permaneceu na letra da Lei nº 11.101/2005 e não entrou num debate se o rol de sujeitos apresentados nos artigo 1º da mesma Lei era taxativo ou não. Mas sim fez uma interpretação finalística do mesmo, uma vez que esse tipo de interpretação “aspira compreender o direito do seu ponto de vista funcional, ou seja, a norma jurídica cumpre uma finalidade, que justifica sua existência”²³⁹.

Desta forma, se busca achar uma solução aos casos com base na finalidade da Lei e do instrumento de Recuperação Judicial, usando o Princípio da Preservação da Empresa como norte nos casos concretos, sendo de extrema importância a demonstração do exercício da atividade empresarial, a sua relevância social, o não enquadramento no artigo 2º e a possibilidade de continuação no mercado após a recuperação, sendo todos os elementos discutidos e explicados no decorrer deste trabalho.

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³⁹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: 1994.P.82

CONCLUSÃO

Este trabalho tem o objetivo de discutir a possibilidade de uma Organização Sem Fins Lucrativos usufruir do instrumento da Recuperação Judicial em momentos de crise-financeira, diante da ausência normativa, já que a Lei 11.101/2005 não traz a proibição expressa desse tipo de sociedade, viabilizando a interpretação extensiva da mesma Lei.

A base fundamental da Recuperação Judicial é o Princípio da Preservação da Empresa, que demonstra a evolução histórica do Direito Empresarial e na forma de proteção das atividades econômicas, visto que busca diminuir os efeitos negativos que ocorreriam com a saída de uma sociedade do mercado, uma vez que afeta a própria sociedade, seus colaboradores, o grupo social por ela atendido, como também evitando a monopolização do comércio e mantendo a livre concorrência.

Por conseguinte, o princípio da preservação da empresa é fundamental para a ampliação da interpretação dos sujeitos legitimados, pois quando demonstrando que uma Organização Sem Fins Lucrativos é tão essencial para o Estado e para a Coletividade, como é o empresário e a sociedade empresária, fica claro que o estamos concretizando aquilo que a próprio legislador tinha em mente quando editou a Lei, o desenvolvimento do país e garantido o interesse do coletivo.

Além disso, é necessário a demonstração de que no mundo fático as Organização Sem Fins Lucrativos praticam uma atividade empresarial, estando presente os elementos do artigo 966, do Código Civil: atividade econômica profissional organizada com direcionamento ao mercado. E mesmo com pequenas distinções, essas não são suficientes para descaracterização integral de uma atividade empresarial exercida pelas Organizações Sem Fins Lucrativos, como demonstrado no Quadro Comparativo.

Foi apontado também que por ser um tipo de sociedade mais direcionada para o âmbito social, não seria enquadraria automaticamente no setor da Administração Pública Indireta, já que o não é o Estado exercendo a atividade e atuando no mercado, como ocorre com as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, pois as OSFL não são criadas,

instituídas ou autorizadas por lei e nem possuem um controle finalístico ou hierárquico com o Estado.

Vale ressaltar que mesmo que as OSFL recebam benefícios ou incentivos fiscais do Estado, ainda não seria argumento suficiente para enquadrá-las na administração indireta, pois esses benefícios não vinculam as organizações ao Estado e ou o tornam o principal tomador de decisões da atividade exercida, tendo somente o objetivo de incentivar a continuidade das atividades da OSFL, pois elas apresentam o objetivo de atender os interesses sociais, auxiliando o próprio Estado em locais onde eles não possuem muita atuação.

Outro argumento utilizado para impedir a recuperação dessas sociedades seria o registro que é feito em local diverso da sociedade empresária. No entanto, também ficou demonstrado que o registro não é elemento caracterizador da atividade empresarial, pois ele somente tem o efeito declaratório, sendo uma mera formalidade para terceiros e uma forma de conceder personalidade jurídica, e assim trazendo direitos e deveres daquele sujeito.

Outro ponto importante foi a demonstração de que a Lei nº 11.101/2005, traz a possibilidade de um empresário requerer a falência mesmo não tendo registro, demonstrando mais uma vez que o registro possui um efeito declaratório.

Em suma, a Recuperação Judicial é um instrumento de grande importância para o direito empresarial brasileiro, pois está objetivando a preservação da empresa no mercado, e conseqüentemente, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores. Essa preservação será o objetivo principal quando a sociedade ou empresário demonstrar que conseguem se manter no mercado, dando continuidade à atividade, após o procedimento, e assim auxiliando no desenvolvimento do país e garantindo o interesse da coletividade.

Sendo esse o grande objetivo do procedimento e da Lei, é claro a possibilidade de ampliação da mesma e permitir que outros sujeitos de que não estão expressamente proibidos pela mesma de requerer a recuperação judicial, demonstrando sua importância na coletividade, viabilidade econômica de continuar no mercado e o exercício da atividade empresarial no caso concreto, como as próprias Organizações Sem Fins Lucrativos.

Infelizmente, esse assunto não é muito abordado pela doutrina brasileira, no entanto, a jurisprudência dos tribunais já se manifestaram de forma bastante interessante ao permitir que esses sujeitos que não estão expressos no artigo 1º, da Lei nº 11.101/2005 tenham acesso ao procedimento da Recuperação Judicial, sempre com base no princípio da preservação da empresa. Isto porque estariam protegendo o interesse da coletividade com proteção dos postos de trabalho, permitindo a valorização da mão de obra, a garantia da livre concorrência, equilibrando o mercado sobre a lei da oferta e da procura, e também garantindo a arrecadação dos tributos, que igualmente auxilia no desenvolvimento econômico do país.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. V. 1. Coimbra: Almedina, 1999.
- ANESE, Vivian; COSTA, Carlos; COELHO, Elenise Abreu. Impacto Social das Ações de uma Organização Sem Fins Lucrativos. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 61-75, jan./mar. 2018.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais**. In: **Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.
- AULETTA, Giuseppe. **L'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al codici civile del 1942**. Cento anni dal Codice di commercio. Milano: Giuffrè, 1984.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BARRETO FILHO, Oscar. Pela dignidade do direito mercantil. **Revista de Direito Bancário e do mercado de capitais**. ano 2, n.6. set./dez. 1999.
- BAYLOS, Antônio. **Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional**. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília, v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regulamentação da recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial. COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. (...). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. **REsp nº 61.278/SP**. Recorrente: Sérgio Xavier Ferolla. Relator(a): Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 25 de novembro de 1997. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/515270/recurso-especial-resp-61278-sp-1995-0008381-7>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 51 DA LEI 11.102/05. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 07/STJ. PRINCÍPIO DA UNICIDADE NO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA FATO CONSUMADO. **REsp. nº 1.004.910/RJ**. Recorrente: Casa de Portugal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT). (...). PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. **ADI nº 2.213-MC**. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG. Requerido: Presidente da República. Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (1. Vara Empresarial de Salvador). Decisão de Deferimento da Recuperação Judicial do Hospital Evangélico da Bahia. **Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001**. Autor: Hospital Evangélico da Bahia. Juiz de Direito: Bel. Argemiro de Azevedo Dutra. Salvador, 17 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/B91BF708E40907_hospital.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO E INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS, ENTIDADE MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES. **AI nº 0031515-53.2020.8.19.0000**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Instituto Candido Mendes. Relator(a): Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2020. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049A7EFC8535F519AEF401F71998652FBDC50D0F262F10&USER=>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (5. Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro). Decisão Interlocutória. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Autor: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Outros. Administrador Judicial: Grant Thorton Meadiação e Recuperações. Juiz de Direito: Dr. Leonardo Alves Barroso. Rio de Janeiro, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/285270824/processo-n-0093754-9020208190001-da-5-vara-empresarial-do-trf-2>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

BUONOCORE, Vincenzo. **La società**. Milano: Giuffrè, 2000.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresas: o novo regime de insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 828, p. 43-78, out. 2004. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35370>. Acesso em: 10 set. 2021.

CHAGAS, Edilson Enedino. **Direito empresarial Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CORREIA JÚNIOR, José Barros. (Re)personalização do Direito Empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 99-122, set./dez. 2012.

COSTA, Mariana; SPERCEL, Thiago; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Associações sem fins lucrativos podem falir e pedir recuperação judicial? O recente caso da universidade cândido mendes**. Migalhas. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/19C6F871BFC1C7_Associacoessemfinslucrati vospo.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo, Entidades Paraestatais e Terceiro Setor**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FERNANDES, Alyson Moreira, **Recuperação Judicial de Empresas à Luz da Análise Econômica do Direito**. 2020. 124 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14143>. Acesso em: 08 set. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCO, Vera Heleno de Mello. **Lições de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. 3. ed. Padova: GEDAM, 1999.

GICO JÚNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. 3. ed. São Paulo: Editora Foco, 2019.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HATANAKA, Alex Hatanaka; OLIVEIRA, Flavia Regina de Souza. **Opinião sobre Recuperação Judicial e Falências das associações e fundações**. ConJur. 03 mar. 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/opiniao-recuperacao-judicial-falencias-associacoes>. Acesso em: 10 set. 2021. 7h13.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Falência e recuperação de empresas: Análise econômica e tributária**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da Empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NETO, José Querino Tavares; FERNANDES, Aline Ouriques Freira. Terceiro Setor e Interesses Coletivos: As alternativas sociais na busca da cidadania. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, jul. 2010.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; ASSIS, Luiz Eduardo Alterburg de. O Estado como Acionista Minoritário nas Sociedades Privadas. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 243-268, abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p243>. Acesso em: 11 set. 2021.

NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, James Eduardo de. **Código de Defesa do Consumidor: Anotado e comentado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006.

PIPOLO, Henrique Afonso. A Recuperação Judicial das associações - pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômico - uma análise sobre a possibilidade jurídica. **Revista Jurídica da UniFil**, Paraná, v. 11, n. 11, nov. 2018.

RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Pateffi da. Recuperação Judicial: Axiologia, Objetivo e Interesses Externos à Empresa. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n.1, p. 271-302, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/4878/2782>. Acesso em: 08 ago. 2021.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do Princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual**. Publica Direito, 2006. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado: Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SANTOS, Roseli Rêgo. **O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falência e recuperação de empresa**. In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. XVII. p. 5249-5268. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; SAMPAIO, Marcelo de Souza; FERREIRA, Leonardo Sanches. Princípios da função social e da preservação da empresa: princípios decorrentes da ordem econômica constitucional. **Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 18, n. 31, 2018.

SMITH, David Horton. Four Sectors or Five? Retaining the Member-Benefit Sector. **Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly**, [S.l.], v. 20, n. 2, jun. 1991. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/089976409102000203>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SZEZERBICKI, Arquimedes da Silva. **Os princípios gerais da ordem econômica brasileira: avanços e fetividade desde a Constituição Federal de 1988**. EPTIC, 2014. Disponível em: <http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral, Direito Societário, e o Novo Direito Comercial/Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VALERI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya. 1950.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2020.

VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.